This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 731 657

ROMAN
991
BEK

HARV[redacted]GRARY

DIE

PROCESSUALISCHE CONSUMPTION

IM

CLASSISCHEN RÖMISCHEN RECHT.

VON

ERNST IMMANUEL BEKKER

DOCTOR DER RECHTE.

8°

BERLIN

VERLAG VON WILHELM HERTZ

BESSERSCHE BUCHHANDLUNG

MDCCCLIII.

ROMAN
991
EK

For TK
B424pr

Rec. Mar. 1, 1899.

SEINER EXCELLENZ

DEM

KÖNIGLICH PREUSSISCHEN GEHEIMEN STAATS-

UND JUSTIZMINISTER A. D.

HERRN

D. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY.

Ew. Excellenz überreiche ich meinen ersten gröſseren wissenschaftlichen versuch, nicht aus leichtsinn, noch in selbstüberschätzung befangen. ich weiſs daſs ich ein urtheil herausfordere dem nicht verborgen bleibt wo ich gefehlt habe: doch trete ich gutes muthes vor Ew. Excellenz, weil ich mich nicht von kleinlichen rücksichten bestimmt fühle.

zunächst ist es mir bedürfniſs öffentlich den mann als meinen lehrer zu bekennen, der am meisten beigetragen den eifer zum lernen in mir zu wecken und zu erhalten. freilich, wessen andre mit gutem recht sich rühmen, zu den füſsen Ew. Excellenz gesessen zu haben, das ist mir leider nie vergönnt gewesen: aber stets hat

die schule grofser lehrer weiter gereicht als ihr gesprochenes wort.

ein andrer gedanke treibt mich nicht minder mächtig. wer sein glück nicht in engstem kreise sucht, sinn und gefühl hat für das wohl des staates dem er angehört, dem mufs die geschichte, nicht blos jüngstverflossener trauriger jahre, die überzeugung aufzwingen dafs jede gesunde staatliche entwicklung eine stätige und gemessene sei. auch in der wissenschaft nähert sich nur der besonnene fortschritt dem ziele. zumal der Romanist wird wieder und wieder darauf hingewiesen, wie der grofsartige organismus, den wir im Römischen rechte bewundern, nur durch vielhundertjähriges consequentes streben

gebildet werden konnte. dennoch ist der wissenschaft eine verhältnifsmäfsig freiere hewegung gestattet. die gegensätze des möglichen und des unmöglichen, der wirklichkeit und des eitlen traums stehn hier nicht so schroff einander gegenüber wie im politischen leben; auch widersprechende meinungen können berechtigt sein, und was wir oft bedauern, dafs die theorie nicht kräftiger auf die praxis einwirkt, giebt uns zeit den irrthum zu bekämpfen bevor seine schädlichen folgen sich fühlbar gemacht. in der vorliegenden abhandlung bin ich oft abgewichen von hergebrachtem, und den meinungen von gelehrten entgegengetreten denen ich die gröfste achtung zolle: und doch weifs ich mich durchdrungen von conservativem sinne

und frei von begier nach je welchem hastigen fortschritt. und eben deshalb mufste ich Ew. Excellenz als mein grofses vorbild nennen, an dem unsere zeit ebenso die festigkeit in politischen stürmen wie das kühne vordringen in der wissenschaft verehrt.

Berlin, im September 1853.

Ueber

die processualische consumption.

Einleitung.

§ 1. Allgemeines.

Klage ist der kampf des rechts wider das verletzende unrecht, erkenntnifs die entscheidung des kampfs. dieses kann den doppelten zweck haben, dasein und umfang des rechts wie der verletzung festzustellen, wo beide zwischen den parteien streitig sind, und zu bestimmen was beklagter dem kläger zu leisten habe, die erkannte rechtsverletzung auszugleichen. nicht immer kommen im Römischen processe einem erkenntnisse beide wirkungen zu, sie können an verschiedne richterliche aussprüche geknüpft sein; so wahrscheinlich bei der legis actio sacramento und bei dem späteren verfahren mit praejudicialer sponsion. aber der gewöhnliche formularprocefs, die cognitio extra ordinem und der aus ihr erwachsene procefs des Justinianischen rechts kennen als regel überall nur ein erkenntnifs, wirksam nach beiden seiten, zu entscheiden über was die klage begründet, und zu bestimmen wie kläger von beklagtem zu befriedigen sei. §1.

die form des erkenntnisses ist eine mündliche oder schriftliche äufserung des richters. an und für sich ist diese wenig geeignet einen zwingenden einflufs auf gegebene verhältnisse zu üben; darum bedarf es besonderer rechtsmittel dem erkenntnifs thatsächlich die wirkung zu verschaffen, welche

§ 1. ihm die theorie zuschreibt. nach der doppelten wirkung des erkenntnisses sind auch diese rechtsmittel in zwei klassen zu sondern: theils sollen sie die dem beklagten auferlegte leistung erzwingen, theils aufrecht erhalten was über recht und verletzung erkannt ist. es könnte scheinen, das erkannte recht bedürfe selbständiges schutzes nicht; wo es mit dem materiellen rechte zusammentreffe, werde es als solches geschützt, wo es abweiche von diesem, verdiene es gar keinen schutz. dies wäre eine ideale auffassung.

dafs rechtsverletzungen vorkommen folgt aus der allgemeinen mangelhaftigkeit menschlicher natur. im proceſs ist das mittel gegeben diesen verletzungen zu begegnen. aber auch der proceſs, als menschliches institut, trägt den stempel der unvollkommenheit. namentlich zwei mängel sind nie zu überwinden, dafs der proceſs eine gewisse zeit dauert, und dafs was dem richter als recht sich darstellt, und was er demgemäfs als recht erkennt, in vielen fällen vom wirklichen rechte abweicht. jede vernünftige proceſsgesetzgebung wird diese mängel nicht übersehn wollen, vielmehr ihren folgen durch besondere einrichtungen möglichst zu begegnen suchen. paradox mag es dem ersten anblick scheinen, dafs der schutz, den man dem erkannten rechte als solchem und ohne rücksicht auf das materielle recht angedeihen läfst, das beste mittel ist wider die nachtheile falscher, d. h. mit dem wirklichen recht nicht übereinkommender erkenntnisse. vielleicht hat mancher hierin ein absichtliches ignoriren der proceſsmängel gesehn. gewifs mit unrecht. würde das erkannte recht nur da geschützt, wo es mit dem wirklichen recht harmonirt, so würde wer sich auf erkanntes recht beruft stets zu beweisen haben, dafs der richter, der gesprochen, wahr gesprochen, und immer wieder und wieder würde das vorhandensein oder nichtvorhandensein eines rechts oder einer thatsache in frage gezogen werden müssen.

betrachten wir die einfachsten fälle dinglicher und persönlicher klagen. Agerius vindicirt die sache, die bei Numerius

sich befindet, oder er klagt zehn ein, die dieser ihm schuldet. § 1.
der richter spricht dem Agerius die sache zu, und verurtheilt den Numerius 10 zu zahlen. dauerten processe keine zeit, und wäre man überall sicher dafs der ausspruch des richters dem materiellen rechte gemäfs ausfiele, so genügten die executivmittel zum schutz dieser erkenntnisse. leistet Numerius nicht freiwillig, so wird er zur leistung gezwungen; will er später die restituirte sache als die seine beanspruchen, oder die 10 als ohne grund gezahlt condiciren, so mag er wider Agerius klagend auftreten, für diesen wäre hierbei wenig beschwer und gar keine gefahr. der neue richter giebt sofort seinen spruch ab, und da beide erkenntnisse mit dem wirklichen recht übereintreffen, müssen sie auch mit einander stimmen. Numerius wird also ohne weiteres abgewiesen, und die gewifsheit, mit jeder neuen klage stets wieder dasselbe resultat zu erzielen und sich immer mehr procefskosten aufzubürden, würde ihm bald die lust zu weiterem processiren benehmen. aber unsere processe sind leider von den berührten mängeln nicht frei. sie erfordern eine gewisse ausdehnung in der zeit, für diese frist erfüllen sie die thätigkeit beider parteien und des richters; und insofern sie also verschiedene personen zeit und mühe kosten, sind sie ein übel, das nur durch den gröfseren nutzen, den es erwirkt, gerechtfertigt wird. überdies haben wir keinerlei gewifsheit, dafs verschiedene erkenntnisse über dieselbe sache stets mit dem materiellen rechte, oder auch nur mit einander zusammentreffen. hat Titius bei der vindication wider Numerius erkannt dafs die sache des Agerius sei, so kann Gajus, vielleicht gar Titius selber, bei der vindication des Numerius zu der einsicht gelangen dafs die sache doch vielmehr diesem zuzusprechen sei, oder im andern falle dafs Numerius nie etwas geschuldet, und also eine nichtschuld bezahlt habe. sobald nun aber das neue erkenntnifs executirt ist, tritt Agerius abermals als kläger auf, und dringt er durch, so ist es natürlich dafs auch Numerius wieder klagt. nicht besser wäre es wo das erste er-

§ 1. kenntnifs ein absolvirendes ist; hätte Agerius aussicht vor einem zweiten richter mit der einmal abgewiesenen klage durchzudringen, warum sollte er dies nicht versuchen? so könnte die kleinste sache weiter und weiter, ja geradezu endlos verschleppt werden.

dafs dies ein heilloser rechtszustand wäre, bei dem aus der möglichkeit des processirens nur nachtheile erwüchsen, ist sofort klar. nie ist dies dem scharfen rechtssinn der Römer entgangen, und seit ältester zeit wurden die erkenntnisse in nachdrücklichster weise geschützt.

der schutz des erkenntnisses kann verschieden begründet werden. man kann davon ausgehn, was erkannt ist als vollbewiesenes und nach allen richtungen vollwirksames recht zu betrachten. führt man diese anschauung consequent durch, so ergiebt sich aus ihr ein vollständiger schutz des erkenntnisses, neben dem jeder andre überflüssig erscheint. jeder, der als kläger oder beklagter ein günstiges urtheil erwirkt hat, braucht nur dafs so erkannt ist dem neuen richter zu beweisen, um diesen sofort zu zwingen, dem ersten urtheil gemäfs zu erkennen. den Römern war diese auffassung nicht fremd, auf ihr beruht Ulpians[1]) ausspruch: »res judicata pro veritate accipitur«. dafs sie aber nicht überall zur geltung kam ergiebt sich unmittelbar aus dem andern ausspruch Ulpians[2]): »placet enim ejus rei judicem jus facere«. im allgemeinen ist hierüber auch bei neueren juristen kein streit; Savigny[3]), der im übrigen der fiction der wahrheit richterlicher aussprüche weiteren umfang im Römischen recht vindicirt als manche andere anerkennen möchten, nimmt dennoch das fortbestehn einer natürlichen verbindlichkeit nach irriger freisprechung des wirklichen schuldners an[4]), so sehr diese annahme jener fiction widerspricht.

[1]) fr. 25 de statu hom.
[2]) fr. 3 pr. de agnosc. et al.
[3]) System VI § 280 folg.
[4]) Obligationenrecht. § 11. vergl. System V § 249 u. § 250.

wirksam zum schutz der erkenntnisse war im Römischen § 1.
rechtsleben von jeher die regel, dafs über dieselbe sache nur ein mal geklagt werden dürfe, »bis de eadem re ne sit actio«. die nichtberechtigung des einzelnen gegenüber der gesammtheit der bürger, und was hiemit in innigstem zusammenhange steht, dafs jede berechtigung des einzelnen nur aus seiner eigenschaft als mitglied jener gesammtheit, aus seiner stellung als civis hervorgeht, sind freilich oft verkannte grundgedanken Römischer rechtsanschauung. ihnen scheint auch unsere regel verwandt zu sein. der staat hilft wol dem einzelnen in seinem privaten rechtsgebiet, aber diese hülfe ist streng bemessen, der einzelne kann sie nicht mifsbrauchen. ein mal und nicht wieder hilft der staat; der magistrat darf nicht zwei male mit derselben sache behelligt werden. so wahrte man die majestät des staats, und erreichte zugleich einen gesicherten rechtszustand. wo keine zweite klage über dieselbe sache zugelassen wird, ist auch kein zweites erkenntnifs möglich, und widersprechenden erkenntnissen entgeht man gewifs, wo überhaupt nur ein mal erkannt wird. dafs der freigesprochene beklagte durch diese regel stets vollkommen geschützt wird, ist leicht zu sehn: aber wie in den vorherbetrachteten fällen condemnatorischer urtheile? weist die regel auch die vindication des Numerius, wenn Agerius einmal als eigenthümer erkannt ist, und ebenso die indebiti condictio desselben zurück, wenn er dem Agerius verurtheilt gezahlt hat?

dies hängt offenbar davon ab, ob die vindication des Agerius und die des Numerius, und wieder die schuldklage des Agerius und die condiction des Numerius, je als klagen de eadem re gelten können oder nicht. dafs beide vindicationen von den Römischen juristen als klagen de eadem re angesehn wurden wird sich beweisen lassen[5]), aber dafs von ihnen auch das verbot aus dem judicat gezahltes zu condiciren auf unsere regel zurückgeführt worden, vermag ich nicht zu sehn.

[5]) vergl. § 10.

§ 1. so scheint nach Römischer auffassung der schutz des erkenntnisses auf verschiedenen grundregeln zu beruhn. ohne das interesse zu verkennen, das eine umfassende darstellung dieses schutzes, geschichtlich entwickelt bis in das Justinianische rechtssystem, beanspruchen dürfte, beschränke ich mich hier auf betrachtung der regel »bis de eadem re ne sit actio«, und werde auch diese nur wenig über die zeit des formularprocesses hinaus verfolgen, da gerade hier wesen und wirken der regel besonders deutlich sich darstellen.

§ 2. Frühere bearbeitungen.

§ 2. Die regel »bis de eadem re ne sit actio« bildet die grundlage der lehre von der processualischen consumption. mehrfach ist die behauptung wiederholt worden, erst durch entdeckung des Gajus seien wir in stand gesetzt diese lehre genügend zu bearbeiten. die behauptung wird durch die thatsache unterstützt, dafs die früheren bearbeitungen, nach dem was wir neu gelernt, ohne ausnahme uns mangelhaft erscheinen. dafs durch die gewonnene kenntnifs des Römischen processes in seinen formellen eigenthümlichkeiten die anschauung der klagenconsumption sehr erleichtert ist, soll sicher nicht in abrede gestellt werden; möglich aber dafs die bedeutung einiger unmittelbar auf die consumptionslehre bezüglichen stellen des Gajus bisweilen überschätzt wäre, wie ja, wo überhaupt neues zur anerkennung gelangt, man selten geneigt ist rechtes maafs einzuhalten. vielleicht war in den auch älteren rechtslehrern zugänglichen quellen mehr zu finden als oft darin gesucht ist. doch wollen wir nicht darüber rechten, was früher zu leisten gewesen wäre, wol aber anerkennen, wie fleifsig in neuster zeit altbekanntes wie neugefundenes mit specieller rücksicht auf unsre lehre ausgebeutet ist. der gedanke ein feld zu betreten, auf dem jüngst viele und bedeutende vorgänger gewandelt sind, hat nichts abschreckendes. dafs, wo binnen kurzer zeit dieselbe lehre viele bearbeiter findet, dies ein zeichen ist dafs keines ein-

zelnen leistung den ansprüchen der zeit völlig genügt, ist § 2.
keine neue bemerkung.

selbständige litterargeschichtliche ausführungen dürften hier nicht an der stelle sein. die meinungen früherer juristen sind für uns von rein geschichtlichem interesse, für dessen befriedigung Ribbentrop in seiner De necessaria, quam vocant novatione, Commentatio gesorgt hat; auch haben Keller, in der Litis Contestation und Urtheil, und Buchka, im Einflufs des Processes auf das materielle Rechtsverhältnifs, vielfach auf die dogmengeschichte rücksicht genommen. der versuch für die kenntnifs der älteren litteratur mehr zu leisten als jene schriften, verspricht keinen erfolg, der mit der aufzuwendenden mühe in richtigem verhältnifs stünde. blofse excerpte aber aus büchern, die in aller händen sind, erscheinen unnütz. was seit dem bekanntwerden des Gajus über die processconsumption geschrieben zusammenzuordnen ist nicht schwer, eben darum, und da anzunehmen dafs, wer für solche forschungen sich interessirt, auch mit deren neuster litteratur vertraut ist, glaube ich mich auch dieser arbeit überhoben. die einzelnen meinungen der schriftsteller, die auf die entwicklung jener lehren von einflufs gewesen sind, werden am passenden orte angeführt werden; doch nicht ohne auswahl.

vor allen neueren auf die processualische consumption bezüglichen monographischen darstellungen zeichnet sich Kellers eben genanntes werk aus, durch unbefangene auffassung der quellen, tiefe der gedanken und sorgfalt der ausführung; ebenso wie Savignys untersuchungen im sechsten bande des Systems hoch stehn über allen andern von dem systematischen gesichtspunkt ausgehenden entwicklungen der lehre. Keller war zugleich der erste, der was aus Gajus zu entnehmen war benutzte um neues licht über die klagenconsumption zu verbreiten, und die von ihm gewonnenen resultate bilden die grundlage der heutigen doctrin. wider einzelnes freilich hat sich oft scharfe opposition bemerklich

§ 2. gemacht, doch weichen die ansichten der rechtslehrer, die in neuster zeit geschrieben haben, oft nicht weniger von einander als von Keller ab. so einigen sich innere und äufsere gründe, die mich zwingen, wenn ich eine lehre vertheidigen will, die von der im allgemeinen herrschenden abweicht und nicht auf den von Keller angenommenen grundlagen beruht, Keller als meinen hauptgegner zu betrachten; und um von vornherein keinen zweifel über das maafs unserer differenzen zu lassen, mag es angemessen sein, Kellers und meine auffassung der processualischen consumption in ihren grundzügen einander gegenüber zu stellen.

Keller nimmt an dafs durch die litis contestation die actio in judicium deducirt und consumirt werde, dafür aber aus ihr eine obligation »condemnari oportere« entstehe. diese wird wiederum von dem urtheil consumirt und durch eine neue obligation »judicatum facere oportere« ersetzt. solche wirkungen treten bei gewissen klagen und unter gewissen voraussetzungen direct ein, nur hier findet zweimalige wirkliche novation statt. in allen andern fällen werden gleiche wirkungen auf indirectem wege erzielt, und zwar dienen, von dem augenblick der litiscontestation an die exceptio rei in judicium deductae, und nach dem erkenntnifs, mit jener electiv concurrirend, die exceptio rei judicatae die consumption zu verwirklichen. gegenstand der consumption aber ist nicht die formelle klage, sondern das zu grunde liegende rechtsverhältnifs in seiner modificirten natur eines klagrechts. äufserlich soll dieses durch die intentio bestimmt werden, so dafs der regel nach was den inhalt der intentio ausmacht consumirt wird. der exceptio rei judicatae weist Keller neben der bestimmung als organ der procefsconsumption zu wirken, von ihm negative function der einrede genannt, die andere positive function zu, die positiven resultate eines urtheils in späterem rechtsstreit geltend zu machen.

wie Keller zu dieser anschauung gelangt, ist leicht zu sehn. er geht aus von der darstellung des Gajus, instit.

III 180 — 81 und IIII 106 — 8, und entwickelt aus dieser §2.
allein seine lehre von der consumption. als organ der consumption nennt Gajus die exceptio rei judicatae. nun vergleicht Keller was aus den pandekten über diese exception längst bekannt war. manche stellen scheinen mit dem aus Gajus gewonnenen bilde verträglich, manche durchaus unverträglich. war nun jenes bild ein richtiges, und die bestimmung der exceptio rei judicatae durch dasselbe scharf bezeichnet, so mufste die einrede neben dieser bestimmung noch eine andre haben, auf welche sich die aus Gajus nicht zu erklärenden pandektenstellen bezogen. wäre die prämisse richtig, den schlufs würde niemand anfechten; und dafs Keller beide angenommene functionen mit grofsem scharfsinn bestimmt und abgegrenzt hat, darf auch jetzt nicht geleugnet werden.

Keller hat seine ansichten zuerst und ausführlichst in der Litis Contestation entwickelt. auch seine Recension [1]) von Buchkas Einflufs soll nicht nur angriffe abweisen, sondern zugleich eigene meinungen noch besser begründen als dies im ersten werk geschehen war. Kellers neuste schrift, der Römische Civilproceſs, kommt wiederholt auf die hier zu behandelnden fragen zurück. dafs Keller im ganzen bei der früheren auffassung beharrt, ist zweifellos; doch sind einige abweichungen offen ausgesprochen, andere scheinen leise angedeutet zu werden. die einen wie die andern werden noch näher berührt werden.

ich entwickle die processualische consumption aus der regel »bis de eadem re ne sit actio«. der an sich klagbare anspruch darf nur ein mal mit klage verfolgt werden. hat eine klage über den anspruch stattgefunden, so hat er die klagbarkeit verloren; und wird dennoch eine neue klage über denselben anspruch angebracht, so ist, wo nicht der prätor den klagantrag zurückweist, diese klage, nach verschiedenheit

[1]) in der Hallischen allgemeinen Litteraturzeitung 1846.

§ 2. der fälle, bald an sich unwirksam, bald durch eine exceptio rei in judicium deductae oder exceptio rei judicatae, je nach dem proceſsabschnitt bis zu welchem die erste klage durchgeführt worden, zu entkräften. die letztgenannte einrede wirkt also den klagen entgegen, welche sich auf ansprüche beziehn, die bereits in einem früheren rechtsstreit, seitens des klägers oder seitens des beklagten, als gegenstand der klage eingeführt und dem richterlichen erkenntniſs unterworfen worden sind. eine andre function derselben exception vermag ich nicht anzuerkennen.

die differenz zwischen Kellers ansicht und der hier aufgestellten erscheint leicht gröſser als sie in der that ist. die exceptio rei judicatae und die andern organe der klagenconsumption werden in den meisten fällen nach beiden anschauungsweisen gleichmäſsig zur anwendung kommen, und der widerstreit gewöhnlich auf die begründung, warum die gleichmäſsig erkannten wirkungen eintreten, beschränkt bleiben. sonach ist mein widerspruch mehr von theoretischer als von praktischer bedeutung. doch möchte ich auch diese ihm nicht ganz absprechen. nach Kellers vorgang beschränke ich meine untersuchungen auf das classische Römische recht, aber für die im Justinianischen recht anzunehmenden resultate dürfte es von unterschied sein, welches princip der klagenconsumption man im älteren rechte voraussetzt.

die sogenannte negative function der exceptio rei judicatae, in der, wie schon bemerkt, nach Kellers ausführungen diese einrede organ der consumption ist, erweist Keller selber aus vielen stellen der pandekten und des codex. hierauf gestützt nehmen mehre rechtslehrer, z. b. Mühlenbruch [1]) und Vangerow [2]) an, daſs auch dem neusten Römischen recht eine gewisse klagenconsumption nicht fremd sei, die im allgemeinen auf ähnlichen principien beruhe wie im früheren

[1]) Pandekten § 144.
[2]) Leitfaden § 173.

recht. hiergegen aber hat Wächter[4]) mit grofser schärfe ausgeführt, dafs das novationsprincip, auf welches die processualische consumption im älteren rechte zurückgeführt zu werden pflegt, im Justinianischen recht keine geltung beanspruchen könne, mithin die klagenconsumption in diesem rechte als verschwunden zu betrachten sei. dieser ansicht ist auch Savigny[5]) beigetreten. §2.

dafs jenes novationsprincip, gleichviel ob man von Kellers oder von Wächters anschauung der wirksamkeit desselben im älteren rechte ausgehn mag, im Justinianischen recht nicht zu finden ist ergiebt sich schon daraus mit grofser wahrscheinlichkeit, dafs niemand es gefunden, bevor Gajus bekannt war. so weit Wächters und Savignys ausführungen darauf beschränkt bleiben, das nichtvorhandensein dieses princips im neusten recht nachzuweisen, scheinen sie unzweifelhaft richtig. höchst bedenklich aber ist die weitere annahme, dafs überhaupt keinerlei klagenconsumption dem system Justinians bekannt sei. Savigny[6]), der dies annimmt, kommt consequent zu der behauptung, dafs da, wie im fr. 2 de duob. reis von Javolen, im fr. 16 eod. von Gajus, fr. 116 de verb. obl. von Papinian, fr. 31 § 1. de novat. von Venulejus, fr. 5 de fidej. von Ulpian, so auch in der c. 28 de fidej. von Justinian aus dem jahr 531, spuren älteres rechts enthalten seien, die aufnahme all dieser stellen in die sammlung als versehn zu betrachten sei. unzweifelhafte spuren des angeblich antiquirten rechts sind aber auch in fr. 32 de peculio, fr. 1 § 24 de exerc. act., fr. 4 § 5 quod cum eo q. in al. p., fr. 9 § 1 de trib. act., sämmtlich von Ulpian, fr. 23 de tut. et rat. distr., fr. 46 § 5 de adm. et per. tut. von Paulus, in der c. 2 de judiciis von Sever, c. 4 eod. und c. 1 si adv. r. jud. von Alexander, c. 4 depositi von Gordian, sehr deutlich im fr. 16 § 5

[4]) Erörterungen aus dem Römischen Privatrecht. III 12. s. 35. f.
[5]) System VI § 258.
[6]) Obligationenrecht § 19.

§§. de pignoribus von Marcian und fr. 9 §. 1 de exc. r. jud. von Ulpian enthalten. wer also dabei beharrt, dafs das neuste recht keine klagenconsumption kenne, vielmehr die wirkungen des urtheils jetzt überall aus der fiction der wahrheit zu erklären seien, der mufs die aufnahme aller dieser stellen, und vielleicht noch mancher andern[7]), als redactionsfehler betrachten.

die behauptung dafs das im jahr 531 noch bekannte und wirksame institut der processualischen consumption im Justinianischen system aufgehoben worden, diese aufhebung jedoch in keinem besondern gesetze ausgesprochen, sondern nur durch weglassen auf die consumption bezüglicher stellen bewerkstelligt sei, klingt an und für sich nicht wahrscheinlich, und verliert alle glaubhaftigkeit, sobald man erkennt dafs dies weglassen durchaus nicht consequent durchgeführt ist. mag man von den compilatoren denken wie man will, einige geschicklichkeit und umsicht darf man ihnen nicht absprechen. aber um ein bis vor ganz kurzem gültiges rechtsinstitut im neuen systeme als aufgehoben zu bezeichnen, viele auf jenes institut bezügliche und von demselben als noch geltendem rechte handelnde stellen in pandekten und codex aufzunehmen, und nirgends jenes rechtsinstitut ausdrücklich als antiquirt zu bezeichnen, wäre ein verfahren gewesen, das von höchster ungeschicklichkeit und gedankenlosigkeit zeugte. im jahr 531 galt noch die klagenconsumption im Römischen recht, mindestens zwanzig stellen der neuen rechtssammlungen beziehn sich auf die wirksamkeit desselben instituts, nirgends ist seine aufhebung ausgesprochen: also ist es auch im Justinianischen recht noch als vorhanden anzunehmen.

wer nun das gedachte novationsprincip und die klagenconsumption als untrennbar ansieht, stöfst, wie gezeigt, auf

---

[7]) vergl. Keller in der Litis Contestation, namentlich § 29. über die negative function der exceptio.

erhebliche schwierigkeiten, mag er beides im Justinianischen §9.
recht als gültig oder als antiquirt voraussetzen. diesen schwierigkeiten entgeht wer die consumption aus der regel »bis de eadem re ne sit actio« herleitet. die regel selber wird durch viele digestenfragmente bezeugt [8]), und die aus dieser regel fliefsende consumption kann auch im neusten recht nicht als aufgehoben betrachtet werden, da die meisten stellen, aus denen wir das wesen der consumption zu bestimmen vermögen, der Justinianischen sammlung angehören. freilich aber erscheinen, wenn man das neue recht dem älteren vergleicht, die wirkungen der consumption im allgemeinen abgeschwächt, weil an die stelle des streng förmlichen processes ein formloser getreten ist, in dem namentlich auch die litis contestation von der alten bedeutung verloren hat, und beschränkt durch einzelne positive gesetze, z. b. durch die § 33 J. de action. und § 10 de except. erwähnten constitutionen von Zeno und von Justinian, und durch die schon genannte c. 28 de fidejussoribus.

doch kehren wir zum classischen recht zurück. ich kann Kellers meinungen nicht besser widerlegen, als wenn ich meine widersprechenden beweise. aber auch einzelne von der construction meiner ansicht unabhängige bedenken wider Kellers lehre auszuführen, scheint nicht überflüssig.

die differenzen zwischen Kellers und meiner anschauungsweise bewegen sich zunächst um die frage, ob die exceptio rei judicatae zwei functionen besafs, oder ob sie immer auf dasselbe, von mir hervorgehobene princip sich stützte. quellenzeugnisse, die bewiesen dafs die Römischen juristen von jener duplicität der exceptio rei judicatae gewufst, sind nicht vorhanden. Savigny [9]) glaubt in den worten des Paulus im fr. 6 de exc. rei jud. eine hindeutung auf beide functionen der einrede nebeneinander zu erblicken. jene worte lauten:

---

[8]) vergl. § 3..
[9]) System § 282.

§ 2. singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est.

ich vermag in ihnen nichts zu erkennen als eine paraphrase der regel »bis de eadem re ne sit actio«, die Paulus gerade darauf zurückführt, worin auch ich ihren wesentlichen nutzen suche, »ne modus litium multiplicatus faciat difficultatem.« dafs aber diese difficultas auf das höchste gesteigert wird »si diversa pronuntiarentur«, gemindert wird wo die verschiedenen erkenntnisse miteinander übereinstimmen, erhellt ohne weitere beleuchtung, und ist auch von mir schon hervorgehoben worden. die kritischen schwierigkeiten der letzten worte der stelle zu erörtern ist nach Savignys ausführungen[10]) unnöthig. klar ist dafs Paulus die exceptio rei judicatae aus dem princip herleitet, das der klagenconsumption zu grunde liegt: aber dafs er dieser einrede eine doppelte function zuschreibe, ist in diesen worten des juristen wol nicht ausgedrückt. Keller sieht im fr. 7 de exc. r. jud. einen beweis des schwankens zwischen der positiven und negativen function der exception in den ansichten der Römischen juristen. dafs dies schwanken aber ein bewufstes gewesen behauptet Keller nicht, auch dürfte dies aus den worten der stelle, die übrigens später ausführlich besprochen werden wird, nicht wohl zu schliefsen sein[11]). andere stellen sind soviel ich weifs nie angeführt worden, das wissen Römischer juristen von der duplicität der exception zu belegen. wenn uns aber keine aussprüche erhalten sind, die jenes wissen der Römischen juristen bezeugen, so liegt die folgerung nahe, dafs sie dieses wissen überhaupt nie ausgesprochen. in den institutionen des Gajus wenigstens fand es gewifs keinen ausdruck, und

[10]) System § 280.

[11]) anderer meinung scheint Dernburg, Hereditatis Petitio § 6. n. 29.

man sieht nicht recht ein, warum die compilatoren, die doch § 2.
so viele von der angeblich antiquirten function der einrede handelnde stellen in die sammlungen aufnahmen, gegen aussprüche der juristen, die auf die duplicität der exception hinwiesen, so viel consequenter und umsichtiger verfahren sein sollten. weitere folgerungen will ich nur andeuten: ein wissen das nie ausgesprochen wird, ist bei niemanden zu vermuthen, und die behauptung, dafs wir das wesen der exceptio tiefer ergründet als die Römischen juristen, scheint überkühn.

doch mag diese folgerungen bestreiten, wer ein freies walten des zufalls annimmt; dafs wir eine anschauung nicht als Römisch erweisen können, rührt nicht immer daher, dafs die anschauung den Römern fremd war. aber die annahme zweier functionen der exceptio rei judicatae ist ebenso unwahrscheinlich wie unbewiesen. der wirkung nach sind alle exceptionen, im engen sinne, einander gleich, verschieden nur je nach den bedingungen ihrer geltung. dafs also eine exception zwei functionen habe, kann nichts andres bedeuten als dafs sie unter zwei verschiedenen voraussetzungen in kraft trete; und da eben die verschiedenheit der voraussetzungen die verschiedenheit der exceptionen bedingt, so läuft die behauptete duplicität darauf hinaus, dafs zwei verschiedene exceptionen denselben namen getragen haben sollen. hier liegt die frage nahe: wurden diese beiden gleichgenannten exceptionen, oder, wie Keller sagt, diese verschiedenen functionen derselben exception, in der formel gleich oder verschieden gefafst? nehmen wir das erste an, so behaupten wir dafs wenigstens im einen fall die formelworte die voraussetzungen der exception nur wenig genau bezeichneten; und noch unwahrscheinlicher scheint die andere annahme, dafs die Römer zwei der voraussetzung wie der fassung nach stets geschiedene exceptionen unter einen namen begriffen haben sollten. und wie sollen wir uns das geschichtliche verhältnifs beider functionen zu einander vorstellen?

§ 9. meisterhaft hat Savigny [12]) ausgeführt dafs die sogenannte negative function die ältere sei, dafs aus ihr die positive sich entwickelt, dann beide eine zeit lang nebeneinander fortbestanden haben, endlich die ältere in die jüngere aufgegangen sei. zweifel, die eine so treffliche darstellung nicht zu beseitigen vermag, sind nicht unerheblich. hat Agerius vindicirt, Numerius restituirt, und es wollte nun wiederum Numerius dieselbe sache vindiciren, so schützt den Agerius die exceptio rei judicatae, nach Kellers und Savignys ansicht in positiver function. wie aber bevor diese positive function zur anerkennung gelangt war? kannte hier das alte recht ein mittel zum schutz des Agerius, warum verschwand dies mittel im neueren recht? und wozu bedurfte es dann überhaupt der positiven function der exceptio rei judicatae? oder schützte das alte recht in diesem falle den Agerius gar nicht und gestattete die neue klage des Numerius?

ob einer meiner vielen gegner dies letzte behaupten möchte, weifs ich nicht. Keller [13]) hat seine ansicht ausdrücklich dahin ausgesprochen, dafs schon zur zeit der legisactionen dem Agerius solcher schutz geworden. er sagt von der neuen klage des zuerst besiegten beklagten:

> die klage steht doch im widerspruch mit der damaligen pronuntiatio rem actoris esse, und wäre deshalb schon unter der (zweiseitigen) legis actio per sacramentum ganz gewifs ausgeschlossen gewesen.

soviel ist unmittelbar klar aus diesen worten: auch im ältesten recht wird nach Kellers meinung der siegreiche Agerius wider den vindicirenden Numerius geschützt. aber worauf gründet Keller diesen schutz? darauf dafs der neue klagantrag der ersten pronuntiatio widerspricht? man möchte glauben, dies genüge nach Kellers ansicht nicht für das älteste recht, denn wozu sonst die zweiseitige legisaction hervorheben?

---

[12]) System VI § 281.
[13]) Civ. Pr. § 72.

errathe ich richtig was Keller hiermit andeuten wollte, so § 9.
ist es, dafs der erste kläger, Agerius, darum wider die neuen ansprüche des ersten besitzers, Numerius, geschützt werde, weil die erste klage, eine zweiseitige legisaction, selber sich schon auf jene ansprüche des Numerius bezogen habe. dann aber wäre nach strenger consequenz die abweisung des Numerius nicht aus dem entgegenstehenden positiven inhalt des ersten ausspruchs, sondern vielmehr daraus herzuleiten, dafs überhaupt schon einmal erkannt ist über des Numerius ansprüche, d. h. mit andern worten, dafs die klagbarkeit der ansprüche des Numerius durch des Agerius klage consumirt ist. war dies Kellers gedanke als er sich auf die zweiseitigkeit der legisaction berief, so kommt er mir halbwegs entgegen. denn dafs der vindication, mochte sie nun in den formen der legisactionen oder in denen des formularprocesses verhandelt werden, stets dieselbe anschauung zu grunde lag, wird schwer zu leugnen sein; wir werden dieselbe zweiseitigkeit, die der ältere procefs bekundet, auch im neuern, nur minder scharf ausgeprägt wiederfinden. und liefs sich im älteren rechte die abweisung des zweiten klägers, auch ohne berücksichtigung des materiellen inhalts des erkenntnisses, aus der consumptionslehre erklären, so wird es nur einiger achtsamkeit bedürfen um auch im neueren recht zu gleicher einsicht zu gelangen. der fall aber, wo die exceptio rei judicatae den siegreichen vindicanten wider die neue vindication des unterlegenen beklagten schützt, ist der einzige in dem die behauptete positive function der einrede mit einiger aussicht auf erfolg vertheidigt werden könnte; wer mir zugiebt dafs auch hier die exception nach den grundsätzen der consumption, und nicht aus dem positiven inhalt des ersten ausspruchs zu erklären sei, wird überall darauf verzichten müssen, die exceptio rei judicatae als organ der positiven kraft eines erkenntnisses darzustellen.

um nun die vorher begonnenen ausführungen wieder aufzunehmen: ist Keller der ansicht, dafs wie im entwickelten

§ 2. formularproceſs so auch zur zeit der legisactionen eine neue vindication des erstbesiegten besitzers nicht durchzuführen war, so kann er auch für die älteste periode des formularprocesses nicht wohl ein anderes resultat annehmen. und welches andere rechtsmittel sollte hier den ersten vindicanten gesichert haben, als eben die exceptio rei judicatae? und zwar nach Kellers meinung in positiver function. also wären beide functionen der einrede gleich alt? nicht eine aus der andern entsprossen?

hier muſs ich einem einwurf begegnen, der nahe zu liegen scheint. man möchte sagen, die positive function sei dennoch die jüngere; ehe sie in aufnahme gekommen, habe in den fällen, in denen später sie wirksam geworden, stets der praetor unmittelbar verweigert eine klage zu ertheilen. wer dies behauptet, den frage ich, warum verweigerte der praetor die klage? weil die klagbarkeit des betreffenden anspruchs consumirt war, oder weil der neue antrag mit dem früheren ausspruch im widerspruch stand? wer das erste annimmt, mag nicht mehr als mein gegner gelten; wer aber das zweite behauptet, der setzt voraus, die anschauung der positiven wirksamkeit eines erkenntnisses sei in Rom eben so früh mindestens zur geltung gelangt wie die exceptio rei judicatae in der angenommenen negativen function, man habe aber lange kein passendes organ derselben gefunden, und so den praetor oft zu ausgedehnten eigenen untersuchungen gezwungen, bis man endlich darauf verfallen, die zu andern zwecken eingeführte exceptio rei judicatae auch hier zu benutzen. Savignys eleganten ausführungen, die wesentlich darauf beruhn, der rechtssatz: »dem inhalt eines gesprochenen urtheils solle kein späteres urtheil widersprechen« sei nicht uralt, sondern allmählig in die rechtlichen überzeugungen der Römer eingedrungen, widerstreitet auch diese annahme offenbar.

so mag diese mittelmeinung als beseitigt gelten. aber auch wer eine der extremen ansichten vertheidigt, unternimmt

nicht kleine schwierigkeiten zu überwinden. wer beide functionen als gleich alt voraussetzt, mufs nachweisen wie die Römer dahin gekommen, zweien von anfang an auf gänzlich verschiedenen voraussetzungen beruhenden exceptionen denselben namen zu geben, und dann stets beide wie eine und dieselbe einrede zu behandeln. wer die eine aus der andern, und ebenso die die jüngere tragende auffassung aus der die ältere begründenden anschauung erwachsen läfst, mufs, bevor die neuere auffassung durchdrang, einen rechtszustand in Rom annehmen bei dem die vindication nie mehr als augenblicklichen besitz, keinen schutz wider spätere ansprüche des besiegten besitzers zu verschaffen vermochte. § 9.

soviel für jetzt wider die behauptete duplicität der exceptio rei judicatae und wider die angenommene positive function derselben. übereinstimmend mit Keller nenne ich diese exception als organ der processualischen consumption. hier gehn unsre meinungen vornehmlich betreffs des anzunehmenden princips der consumption und betreffs des äufserlich erkennbaren maafses der consumption auseinander. dafs das von Keller behauptete novationsprincip, insoweit es die grundlage der consumptionslehre bilden soll, wol aus der regel »bis de eadem re ne sit actio«, nicht aber die regel und ihre wirkungen aus jenem princip erklärt werden können ist später[14]) zu entwickeln. das aber mag gleich hier folgen, dafs der beweis für Kellers behauptung[15]), die intentio bezeichne in der regel den gegenstand der consumption, nicht mehr als vollständig erbracht gelten kann. Keller selber läfst so viele ausnahmen zu, bei allen formulae in factum conceptae, allen klagen in rem, allen klagen mit intentio incerta, dafs nur diejenigen persönlichen klagen übrig zu bleiben scheinen, bei denen die formel blofs aus einer intentio certa und einer condemnatio besteht. war nun die condemnatio

[14]) vergl. § 23.

[15]) Litis Contestation § 33.

§ 2. nie geeignet als maafs der consumption zu dienen, so mufste in diesen fällen die consumption durch die intentio begrenzt werden, aber eine allgemeine regel auf sie zu gründen scheinen gerade diese fälle wenig geeignet. die hauptstütze von Kellers ausspruch war Gajus IIII 131:

> totius illius juris obligatio ita concepta actione, quicquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet, per intentionem consumitur.

diese lesart der gesperrt gedruckten worte beruhte auf Göschens conjectur, seit aber Rudorff gezeigt hat dafs die in der handschrift erhaltenen züge richtiger gelesen werden »per litis contestationem consumitur«, vermag die stelle nichts für Keller zu beweisen. Keller beruft sich ferner auf die worte des fr. 32 pr. de peculio von Ulpian:

> ut magis eos perceptio quam intentio liberet.

Savigny[16]) führt aus die worte »condemnationis tempus« im fr. 3 de cond. trit. bezeichneten die zeit der litis contestation; im vergleich hiermit erscheint die behauptung, dafs das wort »intentio« im fr. 32 cit. die anstellung der klage und somit auch gerade die litis contestation bezeichne völlig ungezwungen. aber ich will zugeben dafs in der von Ulpian besprochenen peculienklage die intentio das maafs der consumption bestimme; denn nicht dafs aus der intentio vielfach dieses maafs zu entnehmen sei, sondern nur dafs der inhalt der intentio der regel nach gegenstand der consumption sei, bestreite ich. wenn Keller endlich noch Gajus IIII 53 — 60 anführt, so beweisen gerade diese stellen dafs die condemnatio nie, aber die demonstratio ebenso wie die intentio für den umfang der consumption maafsgebend sein kann. nicht mit unrecht also scheint Dernburg[17]) auch Keller den juristen zuzuzählen die die bedeutung der demonstratio nicht ganz richtig erkannt haben; aber freilich pafst keine ähnliche be-

---

[16]) System VI § 276.

[17]) Hereditatis Petitio § 3. n. 3.

schuldigung auf die im Civil Procefs, namentlich § 44, 52. vorgetragenen lehren. möglich daher dafs Keller auch seine ansichten über das verhältnifs der intentio zur consumption jetzt geändert hat.

Die regel.

§ 3. Quellenzeugnisse.

Festzustellen ist zuerst, dafs die behauptete regel: »bis de 52. eadem re ne sit actio«, im Römischen recht geltung gehabt hat. von dieser regel als solcher meldet meines wissens nur Quinctilian.

inst. VII 6, 1: scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi juris hinc pendet; quo minus id in scholis accidere mirum est, ubi etiam ex industria fingitur. ejus genus unum est in quo et de scripto et de voluntate quaeritur. (nun folgen, 2 und 3, beispiele anschliefsend an die sätze »fur quadruplum solvat« und »ex meretrice natus ne concionetur«; dann) 4: solet et illud quaeri, quo referatur quod scriptum est: bis de eadem re ne sit actio; id est, hoc bis ad actorem an ad actionem. haec ex jure obscuro.

declam. 266 arg.: bis de eadem re agere ne liceat. in quadam civitate proditionis damnatus missus est in exsilium. bello eadem civitate laborante revocati sunt exsules. is qui proditionis damnatus fuerat fortiter fecit. petit ut iterum causam suam agat. accusator praescribit quod bis de eadem re agere non licet.

sermo ibid.: postea veniemus ad id quoque an utique ista praescriptio valere debeat semper, hoc est an etiam in publicis causis bis de eadem re agere non

§ 3. liceat. in quo illud dicetur: privatis litibus, quoniam et minus momenti et plus numeri habeant, succursum esse hac lege, publicas actiones majores esse quam ut cadant exceptione.

Quinctilian ist ein gelehrter und umsichtiger schriftsteller. freilich will er nicht in der jurisprudenz, sondern in der rhetorik unterricht ertheilen, und wählt hiernach seine beispiele: aber er schreibt verständig und verständlich, und wer acht giebt, den wird er nicht teuschen. die vorstehenden stellen habe ich in diesem umfange gegeben um anderes beweises, dafs Quinctilian hier von einer regel des geltenden nicht des fingirten rechts handele, überhoben zu sein.

hinweisungen auf unsre regel sind in den erhaltenen schriften der Römischen juristen sehr häufig.

Gajus IIII 98: periculum enim est ne iterum dominus de eadem re experiatur. quod periculum non intervenit si per cognitorem actum fuit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.

ibid. IIII 106: .... postea nihilo minus ipso jure de eadem re agi potest. et ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae. 107. at vero si legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est. .... 108. alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat.

fr. 5 de exc. r. jud. (Ulpianus l. 74 ad ed.): de eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur de eadem tamen re. utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. recteque ita definietur, eum demum

de eadem re non agere qui prorsus rem ipsam non § 3.
persequitur. ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, et si diverso genere actionis quam instituit, videtur de ea re agere.

dafs diese stelle den worten nach auf die exceptio rei judicatae bezogen werden kann, ergiebt sich aus ihrer aufnahme in den betreffenden pandektentitel; ob Ulpian selber an diese exception gedacht hat, ist eine andere frage. Savigny [1]) und Buchka [2]) verneinen sie, und ich will ihre interpretation nicht angreifen. möglich aber scheint auch die andere auslegung: Ulpian handelt von der exceptio rei judicatae und von unserer regel; die fragen, sagt er, ob eadem res und ob eadem actio vorliege seien nicht zu verwirren; als beispiel erläutere dies die cautio judicio sisti, denn sei diese in bezug auf eine klage versprochen, und kläger edire nachher eine andere klage de eadem re, so werde beklagter hiedurch des versprechens nicht ledig. die worte von »recteque« an wären dann wieder im hinblick auf die exception geschrieben, sind aber auch auf die cautio bezogen wahr.

fr. 7 pr. de exc. r. jud. (Ulpianus l. 75 ad ed.): si quis cum totum petisset partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est. eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus quod totum petitum est..... § 1: et quidem ita definiri potest, toties eandem rem agi quoties apud judicem posteriorem id quaeritur quod apud priorem quaesitum est.

fr. 11 § 4 eod. (Ulp. l. 75 ad ed.): hic exceptione summovebor quia eadem res esse intelligitur.

fr. 12. (Paulus l. 70 ad ed.): cum quaeritur haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est.....

fr. 14 eod.: ... quae nisi omnia concurrunt, alia res est.

---

[1]) System VI § 296.

[2]) Einfl. I s. 97.

§ 3. fr. 27 eod. (Neratius l. 7. membr.): cum de hoc an eadem res est quaeritur, haec spectanda sunt ....
fr. 18 eod. (Ulpianus l. 80 ad ed.): rei judicatae exceptio locum non habebit quia alia res est.
fr. 21 § 3 eod. (Pomponius l. 31 ad Sab.): si fundum meum esse petiero, deinde postea usum fructum petam ... exceptio mihi obstabit, ... sed si usum fructum cum meus esset vindicavi, deinde proprietatem nactus iterum de usu fructu experiar, potest dici alia res esse.
fr. 22 eod. (Paulus l. 31 ad ed.) ... nec exceptio rei judicatae iis proderit, nam etsi eadem quaestio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit .... exceptio rei judicatae non nocebit quia de alia re agitur.
fr. 25 § 2 eod. (Julianus l. 51 dig.): ... exceptio rei judicatae non obstabit: alia enim res facta est ....
fr. 15 § 46 de injuriis (Ulp. l. 77 ad. ed.): si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.
fr. 43 § 1 de reg. jur. (Ulpianus l. 28 ad ed.) quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.
fr. 130 eod. (Ulp. l. 18 ad ed.): nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit.

die beiden letzten stellen erscheinen der erläuterung bedürftig, da aber diese hier nicht vollständig gegeben werden könnte, und zugleich beide stellen im zusammenhange des § 19 ausführlich zu besprechen sind, so genüge für jetzt diese hinweisung. hierher gehört auch eine stelle aus den feldmesserschriften.

Frontinus l. II. (Lachmann s. 43 z. 26.): sic fit ut post

sententia irrita sit, et rescindi possit quod aut judex aut § 3.
arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat qui sententiam non sit secutus, quando de alia re judicem aut arbitrum sumpserint.

aus den worten ist ohne weiteres klar, dafs die zweite klage darum zugelassen wird, weil sie sich auf eine alia res bezieht.

so vielen unzweifelhaften zeugnissen mag eines folgen das nur auf conjectur beruht.

Gajus IIII 55. item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia alia plane res esse videtur, si is qui hominem Stichum petere deberet Erotem petierit.

dem sinn der stelle und der sprache des Gajus dürfte diese, auch mit den siglen nicht unvereinbare ergänzung mindestens eben so gut entsprechen wie früher von anderen vorgeschlagene.

unter den bei nicht juristischen autoren vorkommenden anspielungen auf die regel ist vor allen andern eine stelle von Terenz [3]) beachtenswerth.

at tu qui sapiens es magistratus adi,
judicium de eadem causa iterum ut reddant tibi;
quandoquidem solus regnas, et soli licet
hic de eadem causa bis judicium adipiscier.

könnten wir mit Rudorff [4]) die von Cicero [5]) zweimal erwähnte figur: »de eadem re alio modo«, auf eine praescription zum schutze des beklagten beziehn, so läge auch in ihr eine unmittelbare hinweisung auf unsere regel. aber jene worte haben bei Cicero offenbar nicht die bedeutung etwas auszuschliefsen, im gegentheil, sie sollen rechtfertigen was geschieht. die formel »de eadem re alio modo« scheint also eine praescriptio pro actore gewesen zu sein [6]).

[3]) Phormio II 3. v. 56—59.
[4]) zu Puchta Inst. II § 171 n. f.
[5]) de finib. V 88 (29) und ad fam. XIII. 27, 1.
[6]) vergl. § 21.

§ 3. zu berücksichtigen ist dagegen die redensart »actum agere«, deren rechtlichen ursprung Donatus bezeugt.

ad Terent. Adelph. II 2, 24: actum agam: proverbium. id est nihil agam. quod enim in jure semel judicatum fuerit, rescindi et iterum agi non potest.

ähnlich lautet desselben commentar zur Andria III 1, 7. andre beispiele dieser redeweise finden sich bei Terenz [7]), bei Cicero [8]) und bei Livius [9]).

zweierlei wird durch die aufgeführten stellen unmittelbar erwiesen: einmal, dafs die Römischen juristen eine regel »bis de eadem re ne sit actio« kannten; zweitens, dafs sie diese regel mit der exceptio rei judicatae, dem meist gebrauchten organe der processualischen consumption, in die innigste verbindung brachten.

§ 4. Ursprung der regel.

§ 4. Die nächste frage ist: wes ursprungs unsre regel? wir sehn aus Gajus [1]) dafs sie schon zur zeit der legisactionen und vor der einführung der exceptionen geltung hatte, sonach scheint sie entweder aus einer alten lex oder aus dem jus civile, im beschränkten sinne dieses ausdrucks [2]), zu stammen. nach der art und weise wie die alten juristen im allgemeinen die regel behandeln, ist wol dies letzte das wahrscheinlichere. zugleich erinnern die worte Quinctilians »quod scriptum est« an Gajus III 180: »quod apud veteres scriptum est«, und dafs diese veteres eben die juristen gewesen die jenes jus civile entwickelten, dürfte niemanden zweifelhaft sein.

doch ist ein bedenken nicht zu übergehn. Keller [3]) geht bei der interpretation des fr. 18 § 4 de dolo malo von

---

[7]) Phormio II 3, 72.
[8]) ad Att. VIIII 18. 3, de amic. 87 (22).
[9]) XXVIII 40.
[1]) IIII 108.
[2]) vergl. fr. 2 § 5 de or. juris von Pomponius.
[3]) Lit. Cont. § 17.

Paulus davon aus, dafs die lex, die Trebatius nicht um- § 4.
gangen wissen wollte, die lex Julia judicialis sei. dies ist nicht unmöglich aber unwahrscheinlich. wir wissen von jener lex nur dafs sie die dauer eines processes auf achtzehn monate beschränkte: dafs sie zugleich die aufnahme eines zweiten processes über dieselbe sache verboten, ist nicht anzunehmen, weil dies verbot neben unsrer längst anerkannten regel ein ganz überflüssiges gewesen wäre. enthielt aber jenes gesetz solch ausdrückliches verbot nicht, so lag in der anstellung der actio de dolo kein verstofs wider die lex Julia, wol aber wider unsre regel: denn die actio de dolo konnte nie als ein verschleppen der alten klage, sondern nur als neue klage de eadem re betrachtet werden. hierauf weist denn auch das auskunftsmittel des Trebatius hin, der die identität der res in beiden klagen dadurch ausschliefst, dafs er der zweiten klage ein von dem früheren verschiedenes object zuweist. es scheint also dafs gerade unsere regel »bis de eadem re ne sit actio« die lex ist von der Trebatius oder doch Paulus reden. ist dies richtig, so würden wir schwerlich den ursprung der regel im jus civile suchen dürfen, sondern vielmehr in irgend einem alten gesetz, wahrscheinlich in dem allumfassenden der zwölf tafeln. vermögen wir nun diesen zweifel gegenwärtig nicht zu lösen, so mag uns trösten dafs, ob die regel in den gesetzestafeln verzeichnet gewesen, oder ob sie dem alten juristenrecht entsprossen, für ihre geltung keinen unterschied gemacht haben dürfte.

damit dafs wir die existenz der regel festgestellt und ihren zusammenhang mit der processualischen consumption im allgemeinen nachgewiesen, damit ist nicht viel gewonnen. der satz selber ist nicht neu[4]), und die worte in welche die regel gekleidet ist lauten so allgemein, dafs wer nicht tiefer eindringt leicht zu falschen schlüssen kommt. soll die kenntnifs

[4]) vergl. z. B. Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten s. 5, Savigny System VI § 280, Keller Civ. Pr. § 72, aber auch Buchka Einflufs II § 12.

§ 4. der regel nutzbar werden, so müssen wir aus den quellen genau bestimmen, wo dieselbe zur anwendung kam, und was sie angewandt wirkte. dies ist die aufgabe deren lösung die folgenden abschnitte versuchen.

zur anwendung kommt die regel wo eine zweite klage de eadem re versucht wird. darum ist zunächst zu ermitteln wann überhaupt eine klage über eine gewisse res statt finde, sodann woran zu erkennen dafs die res auf welche sich die neue klage bezieht dieselbe sei die mit der ersten klage verfolgt worden. ist beides festgestellt, so sind die mittel darzulegen durch welche unsre regel die neue klage auszuschliefsen vermag, und welchen einflufs die klaganstellung auf das die klage begründende recht ausübt.

Actio und res qua de agitur.

§ 5. Formen der actio.

§ 5. Die geschichtliche wie die wissenschaftliche bedeutung des Römischen formularprocesses beruhn auf der innigen verbindung des rechtlichen stoffes mit der äufseren form. hier ist die klage nicht das kleid, das dem recht um es processfähig erscheinen zu lassen umgethan wird; eher mögen wir sie dem körper vergleichen, der, nothwendige bedingung der wirksamkeit des geistes, nur zu dem zwecke jenem zu dienen geschaffen und durch diese bestimmung selber in allen theilen bedingt erscheint. kein recht liefsen die Römer zu voller wirksamkeit gelangen, bevor nicht die ihm entsprechende processualische form gefunden war. darum erscheint uns die gefundene form stets als eine nothwendige von aller willkür freie, und wir vermögen aus ihr auf die in ihr enthaltenen rechtlichen elemente mit logischer consequenz zu schliefsen; darum haben wir mit der entdeckung der Römischen processs-

formen so viel gewonnen, und thun jetzt wohl daran bei § 5.
der erforschung dessen, was mit dem Römischen processe irgendwie zusammenhängt, stets von der anschauung der processualischen formen auszugehn. beginnen wir also auch hier mit der betrachtung der äuſseren gestalt einer actio.

zu grunde liegendes recht ist nothwendige bedingung jeder klage. nach der verschiedenheit dieses rechts theilen die alten juristen [1]) sämmtliche klagen in actiones in rem und in personam, und diese eintheilung ist auch in der Justinianischen sammlung [2]) beibehalten, obgleich zu ihrer zeit der innige zusammenhang zwischen dem recht und seiner form im proceſs bereits geschwunden war. von dem Römischen proceſs vor den zwölftafelgesetzen wissen wir nichts; diesen gesetzen entsprechend bildeten nachher [3]) die rechtskundigen die legisactionen aus. bekannt ist daſs von den fünf einzelnen legisactionen die beiden von Gajus zuletzt genannten weniger die bestimmung hatten, streitigem anspruch zur anerkennung, als unbestrittenem zur erfüllung zu verhelfen. ob und in welcher art auch jenes mittels dieser actionen möglich gewesen, scheint nach der beschaffenheit der vorhandenen quellen nicht genau bestimmt werden zu können. von den übrigen kennen wir die legis actio per sacramentum ziemlich genau, und wissen zugleich daſs dies die allgemeine klagform war, überall zulässig wo nicht gesetzlich eine andere eingeführt war.

> Gajus IIII 13.: sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.

auch scheint es, nach Gajus IIII 20, als ob diese legisaction mit der judicis postulatio und mit der condictio zuweilen in electiver concurrenz gestanden habe. die form der sacramenti actio ist die einer wette. aber die wette wurde nicht bloſs

[1]) Gajus IIII 1—3; fr. 25 pr. de obl. et act. von Ulpian.
[2]) § 1 J. de act.; vergl. Savigny System V § 206.
[3]) fr. 2 § 6 de orig. juris von Pomponius.

§ 8. mit worten geschlossen. ursprünglich deponirte jeder theil eine gewisse summe geldes an heiliger stätte, und nach Varro[4]) scheint es dafs man hiervon, »a sacro«, den namen sacramentum für das betreffende pfand abgeleitet habe. solches streiten mit eingesetzten pfändern, pignore certare, mag in der alten zeit Roms auch aufser gericht häufige anwendung gefunden haben; Plautus spielt oft darauf an[5]); später verschwindet es aus dem gebrauch des gemeinen lebens, doch erwähnen sein auch neuere dichter in bekannter hinneigung zum alterthümlichen; so Ovid[6]), Phaedrus[7]) und besonders ausführlich Virgil in der dritten ekloge. die erklärung des Servius ist nur insofern interessant, als sie beweist dafs dieser interpret ein pignore certare, das er mit dem freilich ähnlichen sponsionsstreit verwirrt, aus eigner anschauung nicht mehr kannte. ein unterschied des sacramento contendere von gewöhnlichem pignore certare besteht darin, dafs bei diesem der sieger beide pfänder davon trägt, während das sacramentum des unterliegenden theils an das aerar fällt; doch stört dies die ähnlichkeit nicht, und hängt innig damit zusammen, dafs die sacramenti actio ein rechtliches verfahren ist das unter staatlicher autorität statt findet. dafs demjenigen der eine solche streitwette entscheidet, oder doch ihre wirksame entscheidung herbeiführt, ein gewisser lohn seiner mühwaltung werden müsse, und dafs dieser lohn gerade aus den gesetzten pfändern zu bestreiten sei, sind so naheliegende gedanken, dafs wir sicher annehmen dürfen, ähnliches sei auch bei gewöhnlichem pignore certare nicht selten vorgekommen.

worauf bezieht sich die geschlossene wette bei dem sacramentum? auf das recht das den streitigen anspruch be-

[4]) de lingua Latina V 180.

[5]) z. b. Epidicus V 2 v. 34—36, Casina prol. v. 75—76, Bacchides IIII 9 v. 132—133, Poenulus V 4 v. 72, Persa II 2 v. 4—6.

[6]) ars amat. I v. 167—8.

[7]) IIII 20 v. 3—5.

gründet. im allgemeinen wenigstens dürfte diese antwort richtig sein. freilich wurde bei der actio in rem die wette nicht gerade an das recht selber, vielmehr an eine bestimmte ausübung desselben, »quando tu injuria vindicavisti«, angeknüpft; bedenken wir aber wie zuvor das vindictam imponere mit der behauptung »hominem ex jure Quiritium meum esse ajo« in den innigsten zusammenhang gebracht war, so wird sich nicht leugnen lassen dafs jene aufforderung zur wette und so denn auch die wette selber, wenn auch nicht unmittelbar, auf das betreffende recht, das Quiritische eigenthum sich bezog. bei der klage in personam wurde über das vorhandensein einer civilen forderung, über ein dari oportere gewettet. höchst wahrscheinlich bezieht sich hierauf die sigle des Valerius Probus [8]) A. T. M. D. O. = ajo te mihi dare oportere. aufserdem spricht dafür die analogie der formula in jus concepta, ja auch die der eben betrachteten actio in rem; wenigstens ist nicht bekannt was bei forderungsrechten die stelle der vindicatio vertreten könnte. stammte die forderung aus einem delict, so war freilich ein dari oportere wol nicht als vorhanden anzunehmen. wie hier die legis actio per sacramentum im einzelnen falle formulirt worden, wissen wir nicht; nur soviel scheint gewifs, dafs die wette sich nicht auf das vorhandensein der die fordrung begründenden thatsache, d. h. des delicts, sondern auf die existenz der fordrung selber bezog. so erklärt sich was Gajus [9]) von der klage »de vitibus succisis« berichtet. wäre hier die wette darauf gegangen, ob weinstöcke abgeschnitten waren oder nicht, so hätte kein richter den beklagten freisprechen können; aber da darüber gewettet worden war, ob wegen der vites succisae kläger eine fordrung an beklagten habe, und kein gesetz einen anspruch wegen vites succisae kannte, so mufste

§ 8.

[8]) vergl. Keller Civ. Pr. n. 209; Bethmann-Hollweg Zeitschr. f. g. R. W. b. V.

[9]) IIII 11.

§ 5. kläger abgewiesen werden. Cicero [10]) spricht von einer »actio: ope consilioque tuo furtum ajo factum esse«. wahrscheinlich enthalten die worte ein stück der alten actio furti nec manifesti. dies würde aber die obige behauptung durchaus nicht erschüttern: denn nichts zwingt uns anzunehmen, die wette habe unmittelbar an die behauptung dafs ein furtum geschehn sich angeknüpft; vielmehr ist es nach analogie der von Gajus [11]) erhaltenen formel sehr wahrscheinlich dafs die wette sich auf die verpflichtung zum damnum decidere bezog [12]).

von der legis actio per judicis postulationem wissen wir nur dafs sie existirte, und dafs sie wegen eines dari oportere, einer strengen civilen schuld zur anwendung kam, beides aus Gajus [13]). alles andere was in neuer zeit über diese prōceſsart gelehrt ist, beruht auf mehr oder minder zuverlässiger conjectur, die hier nicht näher zu prüfen ist.

die legis actio per condictionem ist jüngeres ursprungs als die übrigen legisactionen. dafs sie in gewisser weise den übergang zu dem späteren proceſs per formulas vermittelte scheint unverkennbar, leider aber wissen wir nur gar wenig von ihrer äufseren gestalt. Keller [14]) nimmt einen wesentlichen unterschied in der form des verfahrens zwischen der durch die lex Silia und der durch die lex Calpurnia eingeführten condictio an. zu beweisen ist dieser unterschied nicht aus den bis jetzt bekannten quellen, und an der wahrscheinlichkeit desselben dürfte zu zweifeln sein. da dies aber ein gebiet ist auf dem conjecturen gestattet sind, so will ich Kellers anschauung eine andere vermuthung entgegen stellen. die bekannte sponsio tertiae partis aus der lex Silia war zugleich poenaler und praejudicieller natur; nach der lex

[10]) de nat. deor. III 74 (30).
[11]) IIII 37.
[12]) vergl. Keller Civ. Pr. n. 232.
[13]) IIII 12 u. 20.
[14]) Civ. Pr. §. 18.

Calpurnia konnte mittels sponsion über jede certa res ge- § 8.
stritten werden, diese sponsion aber blieb stets so niedrig dafs sie nie einen poenalen character annahm, und fort fiel sobald man sich ohne sie zu behelfen wufste. Kellers annahmen hätten grofse wahrscheinlichkeit, wenn irgendwo die lex Calpurnia als erste quelle des formularprocesses genannt würde.

wie und wann die formeln zuerst eingeführt worden, darüber ist unsere kenntnifs eine sehr beschränkte. dafs bei Plautus keine anspielungen an formeln vorkommen, wol aber manche an die legisactionen[15]), ist bekannt. auch Terenz erwähnt des lege agere[16]). bei Cicero finden sich vielfache spuren des alten processes, doch ist es gewifs dafs er formeln kennt. der jurist den Gellius anführt[17]) redet von der lex Aebutia als derjenigen welche die alten förmlichkeiten des legisactionsprocesses abgeschafft hat; auf sie führt auch Gajus den ursprung der formeln zurück[18]). war aber die lex Aebutia wirklich ein so kräftig reformatorisches gesetz dafs ihr weitgreifender einflufs nie zu verkennen war, wie kommt es dafs wir sie nirgends bei Cicero erwähnt finden, der doch so oft von den alten juristischen spitzfindigkeiten handelt? man darf dem zufall nicht zu viel aufbürden, und wird so zu der annahme gezwungen, dafs die lex Aebutia unmittelbar nur sehr geringe abänderungen des alten verfahrens vorgeschrieben oder gestattet habe, abänderungen deren tragkraft zu Ciceros zeit nur erkennen konnte, wer etwas tiefer und ernster in das recht eindrang als dieser beredte mund.

im formularprocefs zeigt das verfahren per sponsionem mit dem alten sacramento contendere grofse ähnlichkeit, noch mehr wahrscheinlich mit der alten condictio. schon in dem

[15]) vergl. z. b. Aulularia III 3, 10; Mercator V 4, 59; Miles gloriosus II 5, 43.

[16]) Phormio V 8. v. 91; vergl. I 4. v. 36.

[17]) noct. Att. XVI 10.

[18]) IIII 30.

§ 5. sacramentsprocesse der späteren zeit war das thatsächliche einsetzen des pfandes ausgefallen, und an seine stelle ein versprechen getreten das dem praetor geleistet wurde, dessen sache es war das verfallene sacramentum einzuziehn. die abweichungen des neueren sponsionsverfahrens aber bestehn darin, dafs die verwettete summe nicht mehr dem staat sondern dem sieger zufällt, und dafs die verba solennia, die wenigstens die sacramenti actio stets eingeleitet hatten, fortfallen. der zuerst hervorgehobene unterschied wurde dadurch nur wenig gröfser, dafs die summa sponsionis, wo sie nicht bestimmt blieb den unterliegenden zu strafen, vielfach gar nicht eingefordert wurde.

vergleichen wir nun das verfahren per formulas in seiner entwickelten gestalt mit den bekannten älteren procefsformen, so sind folgende punkte hervorzuheben.

erstlich: der neue procefs bedarf zu seiner einleitung keiner verba solennia. nur über das dasein concreter rechte kann gestritten werden. sollte also die sacramentswette einen entsprechenden gegenstand haben, so mufste das recht, auf das sie sich bezog, genau individualisirt sein; und sollte die entscheidung jener wette nicht ohne rechtliche folgen bleiben, so mufste zugleich das betreffende recht ein solches sein das von den gesetzen anerkannt und in seinen wirkungen normirt war. dies führte dahin die einleitungsworte zu der wette in genauem anschlufs an die gesetze zu formuliren, und politische rücksichten wirkten mit die herrschenden klassen zu strengstem festhalten an dem wortlaut der so gewonnenen formen zu bestimmen. wer diese formen nicht kannte, vermochte nicht seinem rechte die staatliche, gerichtliche anerkennung zu verschaffen. dieser zustand konnte nicht bleiben. zuerst brachen einzelne durch und veröffentlichten die solennitäten der actionen; später wurde es sitte dafs jeder praetor in seinem edict die formeln der klagen, die er annehmen würde, aufstellte. die praetoren bekamen hierdurch einen so überwiegenden einflufs auf die fortbildung des rechts wie

sie anfangs wol selber nicht vorausgesehn; die parteien § 8.
aber gewannen die sicherheit nicht mehr durch formfehler ihres rechts verlustig gehn zu können. auch die äufsere gestalt der formeln mufste sich bald ändern. so lange die formalitäten als geheimnifs nur wenigen bekannt waren, durfte man ihr errathen den parteien nicht leicht machen, und hielt darum streng auf gesonderte rede und widerrede beider theile; der magistrat, der ja selber im geheimnifs war, blieb bei den details der solennitäten möglichst unbetheiligt und hatte nur die leitung des ganzen. seitdem die formeln veröffentlicht waren, hatte niemand an ihren spitzfindigkeiten interesse; es kam jetzt nur darauf an, sie ihrem eigentlichen und eingestandenen zwecke, die einzelnen streitigkeiten scharf zu praecisiren, möglichst entsprechend zu gestalten. dazu trat dafs die wetten mehr und mehr aufser gebrauch kamen. so gelangte man dahin die individualisirung des einzelnen streitfalls, die früher durch wechselrede der parteien erfolgt war, dem praetor in den mund zu legen, der dem richter den entsprechenden befehl ertheilt. anzunehmen ist dafs schon bei der l. a. per condictionem die solennitäten nicht so strenge waren wie bei der sacramenti actio; bei dem späteren sponsionsprocefs kommen solenne worte gar nicht vor, freilich war aber die sponsion selber, wo sie rein praejudiciell, blofse förmlichkeit. falsch wäre es, wollte man den neuen formularprocefs den alten actionen in der art entgegensetzen, dafs bei ihm freie vorträge der parteien an stelle der verba solennia getreten, und dafs jetzt der praetor nach diesen vorträgen die formel gebildet und gegeben, während früher die fassung des anspruchs eine äufserung der parteithätigkeit gewesen. kam je ein solches verfahren vor, so ist es in weit spätere zeiten als die des übergangs der legisactionen in den formularprocefs zu setzen. die formel selber tritt an die stelle der verba solennia, sie wird von den parteien dem edict entnommen, wie früher etwa jene worte dem jus Flavianum oder Aelianum. so sagt Cicero pro Q. Roscio 24 (8):

§ 5. sunt jura sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut ratione actionis errare possit. expressae sunt enim ex unius cujusque damno dolore incommodo calamitate injuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. 25 (9). quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium quaero. formulam non noras? notissima erat.

und wieder pro Caecina 8 (3):

praetor is qui judicia dat nunquam petitori praestituit qua actione illum uti velit.

ja es scheint dafs auch bei gestaltung und ordnung der formelworte den parteien ein gewisser spielraum gelassen wurde.

pro P. Quinctio 63 (20): fatetur ... Alphenum ... vadimonium promisisse, judicium quin acciperet in ea ipsa verba quae Naevius edebat non recusasse.

freie vorträge in jure müssen den formalhandlungen der parteien im alten legisactionsverfahren, ebenso wie später der edition der formel, voraufgegangen sein, wo beide theile über die äufsere gestalt der anzustellenden actio nicht einig waren, und der praetor entscheiden mufste. dafs mit der zeit solcher möglichesfalls von dem praetor zu entscheidender incidenzpunkte immer mehr, und die freien parteivorträge der regel nach länger geworden, soll nicht bestritten werden.

zweitens unterscheidet den neuen formularproceſs von allen älteren proceſsarten, dafs der richter unmittelbar über das der klage zu grunde liegende recht zu erkennen angewiesen wird. irgend eine anweisung mufs der richter auch im früheren verfahren von dem magistrat erhalten haben, diese aber bezog sich nur mittelbar auf das recht, und es bedurfte eines schlusses von der richterlichen entscheidung aus zu dem resultat zu gelangen, was für die parteien von überwiegender wichtigkeit und der eigentliche gegenstand des streites war. die neue anweisung über das recht selber zu erkennen hiefs technisch »formula«. in der formel unter-

schieden die rechtsgelehrten bald mehre theile. lassen wir § 5.
die adjudicatio ganz und die condemnatio vorläufig aufser betrachtung, so bleiben uns demonstratio und intentio, von denen die erste nur bei gewissen klagen vorkam. schon darum weil keine formel der intentio entbehren konnte, interessirt uns diese vorzüglich. Gajus [19]) sagt:

> intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit,

dann folgen beispiele. jene worte würden lehren: intentio sei der theil der formel der den klägerischen anspruch umfasse. umfassen wird freilich die intentio in den meisten fällen den anspruch, aber so umfassen dafs in ihrem umfange oft noch manches andere platz hat; so ist z. b. bei der actio in rem die intentio offenbar viel umfangreicher als das desiderium actoris. keines falls also wäre diese definition des Gajus als prächis zu rühmen. aber sie scheint sogar falsch. dafs in den worten: »si paret mensam deposuisse eamque redditam non esse«, ein desiderium enthalten sei, wird niemand meinen der scharf zu denken gewohnt ist; ableiten freilich kann man einen anspruch aus jener behauptung, aber weil man aus dem boden frucht ziehn kann, wird man doch nicht sagen der boden enthalte, umschliefse die frucht, bevor nämlich gesäet ist. noch eins: wo ein stellvertreter, z. b. ein actor municipii, klagt, umfafst auch hier die intentio das desiderium actoris? ähnliches hat übrigens Keller [20]) bereits bemerkt, und ich trete ihm auch bei, wenn er behauptet dafs schon dem legisactionsprocefs der begriff und name der intentio bekannt gewesen sei. doch rechtfertigt auch diese annahme die worte von Gajus nicht genügend. ich sehe nur zwei möglichkeiten: entweder jene worte, wie sie jetzt gedruckt zu lesen, sind wirklich einst so von Gajus geschrieben worden, und dieser hat sich hier aus irgend welchem grunde

---

[19]) IIII 41.
[20]) Civ. Pr. § 39.

§ 5. nicht recht scharf ausgedrückt, »intentio concludit desiderium« soll eben nur heifsen man wird aus ihr den anspruch ableiten können; oder aber, wir haben den text einer kleinen emendation zu unterwerfen. ich möchte lesen: »intentio est ea pars formulae ex qua actor desiderium suum concludit«. die sachliche rechtfertigung nachher. dafs ein e hinter formulae leicht von dem abschreiber übersehn oder ausgelassen sein kann liegt zu tage, zudem aber findet sich in der zweitfolgenden, 17ten zeile der handschrift hinter dem wiederkehrenden worte »formulae« ein ē, das die bisherigen herausgeber ganz aus dem texte verbannt haben, weil es an der stelle, wo es gefunden, offenbar aufser dem sinn steht. wollte aber jemand an der bedeutung des wortes concludere anstofs nehmen, so verweise ich auf Cicero[21]) und Gellius[22]). nach meiner emendation lautet die definition, die Gajus von der intentio giebt, sie sei der theil der formel aus dem der kläger seinen anspruch folgert. dafs dies richtig ist, dafs wirklich die intentio überall die nothwendige bedingung des klägerischen anspruchs, dafs aus ihr dieser anspruch stets zu folgern ist, wenn nicht ausnahmen platz greifen, wird niemand leugnen, und die präcision dieser bezeichnung des wesens der intentio dürfte wenig zu wünschen lassen. auch bei der formula in factum concepta und bei der klage des stellvertreters wird durch diese definition die bedeutung der intentio durchaus richtig bestimmt; und vergleichen wir nun den sprachgebrauch der bessern autoren über rhetorik, Ciceros (de inventione), des auctor ad Herennium und Quinctilians, so sehn wir überall die behauptung des klägers durch das wort »intentio« bezeichnet. die klägerische behauptung aber ist gerade was den klägerischen anspruch begründet, und woraus dieser demgemäfs zu folgern ist; und nichts ist wahrscheinlicher als dafs lehrer des rechts und lehrer der rede dasselbe wort in gleichem sinne gebrauchten.

[21]) de finib. II 63 (19); de oratore II 215 (53); acad. pr. II 44 (14).
[22]) noct. Att. XIIII. 1.

eine andere bestätigung der hier entwickelten bedeutung § 8.
der intentio ergeben die praejudicia, die bekanntlich nicht aus andern formeltheilen als einer intentio bestehen. auch diese intentio ist eine behauptung, die behauptung des klägers der die negation des beklagten entgegentritt. dafs diese behauptung aber ein desiderium einschliefse wird man nicht sagen können. der vater hat keinen anspruch an den sohn noch der herr an den sklaven, so wenig wie der eigenthümer an die leblose sache. steht das potestätsverhältnifs fest, so ist alles was daraus folgt gewifs, aber der gewalthaber gelangt dazu nicht durch gerichtliche hülfe sondern aus eigner machtvollkommenheit. kommt dagegen ein praejudicium vor mit bezug auf einen anspruch, auf ein wirkliches desiderium, so tritt dafs die intentio des praejudicium jenen anspruch wohl begründet nicht aber selber begreift vollkommen klar heraus. so z. b. bei dem praejudicium »quanta sit dos«; niemand wird hier den mit der actio rei uxoriae zu realisirenden anspruch in diesem praejudicium enthalten glauben, wol aber stützt sich die spätere dotalklage auf das praejudicium und folgert aus der behauptung, die durch dasselbe festgestellt ist.

das einzige woraus man vielleicht bedenken wider meine emendation und interpretation schöpfen könnte, ist die intentio »quicquid paret dare facere oportere«, denn diese scheint allerdings weniger das den klägerischen anspruch begründende recht, als diesen anspruch, das desiderium selber zu bezeichnen. genau betrachtet aber ist dies keine reine intentio, sondern eine intentio in die zugleich die condemnatio zum theil mit hinüber gezogen ist, und die wir also in ihre elemente zerlegen können: »si paret Numerium aliquid dare facere oportere, quicquid id est condemna«. haben wir so intentio und condemnatio rein geschieden, so wird niemand hier meine definition unangebracht finden. überhaupt aber darf man sich die zerlegung der formel in die einzelnen bestandtheile nicht als eine ursprüngliche und nothwendige denken. der praetor gab die formeln wie ihm die worte

§ 6. pafsten; die wissenschaft suchte in ähnlichen formeln ähnliche theile auf, und gab den gewöhnlichsten und wichtigsten technische namen. aber diese eintheilung begreift weder alle einzelnen elemente der formel, man denke an das »qua de re agitur« und die »praescripta verba«, noch waren die einzelnen theile stets scharf zu sondern; wir haben gesehn wie die condemnatio und intentio zusammenfliefsen können, ähnlich intentio und demonstratio bei der formula in factum concepta.

anzuführen ist noch dafs Keller[22]) die betreffenden worte von Gajus nach alter lesart übersetzt: »intentio sei der theil der formel worin der kläger seine concrete rechtsbehauptung aufstelle«, und so zu einer definition gelangt, die sich der hier vertheidigten annähert. aber Keller trägt diese interpretation aus dem anderswoher richtig erkannten wesen der intentio in jene worte hinein, statt ihnen die erklärung der intentio zu entnehmen; denn desiderium bezeichnet nirgends eine behauptung. dennoch mufs er wie oben bemerkt auch diese definition als nicht völlig zutreffend anerkennen. will man aber die bisher gebilligte lesart durchaus nicht aufgeben, so mag man die worte »qua actor concludit«, ähnlich dem ausdruck »argumentis concludere«, mit »wodurch der kläger zum schlufs gelangt« wiedergeben. mir aber ist es höchst wahrscheinlich dafs Gajus den klaren ausdruck dem zweideutigen vorzog, zumal das betreffende ex in der handschrift zwar an falscher doch an solcher stelle sich findet, in die es durch abschreiberversehn leicht kommen konnte.

wie das sacramentum und die processualische sponsion, knüpft die intentio sich unmittelbar an das dasein des die klägerische fordrung begründenden rechts; aber während dieses früher die bedingung war, unter der des klägers sacramentum als justum anerkannt, oder dem kläger die sponsionssumme zugesprochen wurde, ist es jetzt die bedingung der condemnatio. mehr hierüber nachher. liefs sich das recht in

[22]) Civ. Pr. § 39.

einem satze genügend individualisiren, so begann die formel § 8.
mit der intentio. nach der oratio pro Q. Roscio ist es wahrscheinlich dafs nicht immer das betreffende recht in der formel einen völlig bestimmten ausdruck fand; denn es ist wol kein advocatenkniff wenn Cicero[14]) davon ausgeht der anspruch des Fannius könne nach den formelworten ebensowol aus einer adnumeratio als aus einer expensilatio oder einer stipulatio entsprungen sein. liefs sich aber das betreffende recht nicht so einfach bezeichnen, so setzte man vor die intentio noch eine demonstratio oder praescripta verba um die res de qua agitur genügend zu bestimmen. später ging der praetor einen schritt weiter. er knüpft die intentio bisweilen nicht an die existenz des betreffenden rechts, sondern an die dies recht erzeugenden thatsachen. dies war nothwendig, wo jenes recht kein gesetzlich anerkanntes war, und wo also jene thatsachen einen anspruch erzeugten, dessen klagbare verfolgung wol dem praetor billig erscheinen mochte, in den gesetzen aber nicht vorgesehn war, und sich auch nicht auf ganz nahe liegende gesetzliche analogieen zurückführen liefs. bequem war es aber auch in vielen andern fällen, wo eine formula in jus concepta an sich auch zulässig gewesen wäre, theils um formellen schwierigkeiten aus dem wege zu gehn, so z. b. wo ein filius familias klagen wollte, theils um durch die minder starre form das betreffende recht schärfer zu bestimmen. dafs nur bei der formula in jus concepta die existenz des rechts in betracht zu ziehn gewesen, bei der in factum das vorhandensein der betreffenden thatsachen zur condemnation genügt hätte, ist ein längst widerlegter irrthum. wäre es anders gewesen, so hätte mit einer formula in factum concepta auch wider furiosus und infans geklagt werden können, sobald nur die äufseren thatsachen eines vertragabschlusses vorgelegen hätten. vielleicht ist es nicht unwahrscheinlich dafs man in späterer zeit die gröfsere bequemlichkeit der

[14]) pro Q. Roscio 13 (4, 5).

§ 8. formula in factum concepta immer mehr würdigte, und die mehrzahl der klagen in dieser art concipirte. nimmt man hiezu dafs jetzt auch nicht mehr ängstlich danach gesehn wurde, ob die gewünschte formel oder doch eine ganz ähnliche im edict stand, und sicher die thätigkeit des praetors bei der construction dieser formeln auch im concreten falle die überwiegende war, so sieht man einen rechtszustand wie wir ihn vorhin angedeutet, wo die thätigkeit der parteien in jure auf freie vorträge immer mehr sich beschränkt, und der praetor nach gutbefinden aus diesen die formel bildet. zu verkennen ist hierbei nicht dafs solches verfahren gewissermaafsen als übergangsstufe zu dem formlosen procefs sich darstellt.

noch ein drittes scheidet den gewöhnlichen formularprocefs von allen arten älteres verfahrens. findet der richter das vom kläger behauptete recht begründet, oder was wesentlich hiermit übereinstimmt, die jenes recht erzeugenden thatsachen in wahrheit vorhanden, so soll er den beklagten in eine gewisse geldsumme condemniren. was den erfolg des processes betrifft, dürfte dies als die wichtigste veränderung erscheinen, keineswegs aber bezeugt es eine verschiedene auffassung von dem wesen des processes selber. es gab nothwendigerweise zu jeder zeit mittel um über die rein praejudicielle anerkennung eines rechts bis zu praktischer sühnung der ihm zugefügten verletzung durchzudringen; leider nur wissen wir nicht recht wie dies überall in alter zeit geschah. Gajus [28]) setzt keineswegs die condemnatio des formularprocesses den praejudiciellen erkenntnissen der alten zeit, sondern die pecuniaria condemnatio der condemnatio in ipsam rem entgegen.

wie sich übrigens diese drei neuerungen, abschaffung der verba solennia, anknüpfung der condemnatio unmittelbar an das behauptete recht, und einführung der pecuniaria con-

[28]) IIII 48.

demnatio, historisch zu einander und zur lex Aebutia ver- §6.
halten haben, darüber wage ich zur zeit keine vermuthung auszusprechen, und halte nur daran fest, dafs die geschichtliche entwicklung des Römischen processes als eine gleichmäfsige und stetige zu denken, und kein sprung in ihr anzunehmen ist.

§ 6. Begriff der res.

Haben wir im vorigen von der actio und ihren formen §6.
gehandelt, weil diese im Römischen recht nicht als zufällige sondern als aus dem behandelten rechtsstoff organisch gebildete sich darstellen, so müssen wir nunmehr den begriff der »res, de qua actio est« näher feststellen. schwierig ist dies zunächst darum weil die worte selber wenig anhalt geben.

von dem wort »res« sagt Forcellini es sei »vox immensi prope usus ad omnia significanda quae fieri dici aut cogitari possunt«. aber äufser dieser ganz allgemeinen bedeutung, in der das wort häufig geradezu als vertreter eines demonstrativen pronomens erscheint, kommt es bisweilen in technischer, eng beschränkter anwendung vor, wie denn das »re contrahere« anderen contractsformen entgegen gesetzt wird, obgleich verba und litterae, ja auch consensus den res im weiteren sinne zuzuzählen sind. dafs das wort »actio« in unserer regel in technischer und also scharf bestimmter bedeutung gebraucht wird, ist unzweifelhaft; dagegen aber wird durch die praeposition »de« kein genau begrenztes verhältnifs dessen worüber geklagt wird zu der klage selber bezeichnet. »homo quo de agitur«, und eben so gewöhnlich die vielgebrauchte figur »qua de re agitur« beziehen sich auf das object der klage; dagegen sagt Gajus [1]):

> demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur,

und versteht hierbei unter der »res de qua agitur« das ge-

[1]) IIII 40.

§ 6. schäft, aus dem die forderung im speciellen falle erwachsen ist, und sicher nicht die »mensa argentea«, den nächsten gegenstand der klage.

noch eine zweite schwierigkeit ist zu erwähnen, die mit der eben berührten in zusammenhang steht. wir wissen wie unübertroffen thätig die Römischen rechtsgelehrten daran arbeiteten, bei dem grofsartigen aufschwunge des staats und der beispiellos schleunigen erweiterung aller verkehrsverhältnisse, das recht allen ansprüchen des lebens genügend zu entwickeln, ohne hierbei die schmalen aber festen alten grundlagen zu verlassen. bedenken wir nun wie gerade der proceſs sich wesentlich veränderte und fortbildete, so dafs er vielfach zur umgestaltung anderer rechtsinstitute benutzt werden konnte, so liegt die annahme nah, dafs auch unsere regel einer gewissen geschichtlichen entwicklung unterlegen haben müsse; zumal die wörtliche fassung derselben verschiedenartigste auslegungen gar wohl zuliefs. auch directe zeugnisse haben wir für diese annahme. schon oben wurde die stelle angeführt, in der Quinctilian der controverse seiner zeit über die regel gedenkt; später[2]) werden wir namentlich einer eigenthümlichen auffassung Julians begegnen. so scheint es unsere aufgabe zu sein zuvörderst die auffassungen der verschiedenen zeiten zu sondern, und geschichtlich zu entwickeln was man ursprünglich unter der res, über die eine, aber keine zweite klage zuzulassen sei, verstanden, und wie sich dieser begriff allmählig ausgebildet und geändert habe. aber nach dém zustande der quellen dürfte die lösung dieser aufgabe für jetzt nicht möglich sein. daher müssen wir uns bescheiden, die geltung der regel, und die bedeutung des wortes »res« in der regel, wie diese zur zeit der späteren pandektenjuristen anerkannt war, darzulegen, und von hier aus vielleicht auf einzelne abweichungen der früheren und der späteren zeit hinzuweisen.

[2]) vergl. § 21.

zwei bedeutungen der »res de qua agitur« sind schon § 6. vorher berührt worden: object der klage, und grund der klage, genauer, das den klägerischen anspruch erzeugende rechtsgeschäft. beide bedeutungen passen nicht in unsere regel. über dasselbe object konnten zu jeder zeit viele, verschiedene und gleichartige klagen statt finden; und erzeugte ein rechtsgeschäft verschiedene ansprüche, so erzeugte es auch, wie nachher weiter ausgeführt werden wird, verschiedne klagen: aufserdem aber giebt es viele klagen die nach Römischer anschauung auf gar kein rechtsgeschäft zurückgeführt werden. wie also bestimmen wir den begriff des wortes »res« in unsrer regel?

dafs die regel »bis de eadem re ne sit actio« im innigsten zusammenhang steht mit der processualischen consumption und den organen derselben, der exceptio rei in judicium deductae und der exceptio rei judicatae, hat bereits die einfache zusammenstellung der wichtigsten unsre regel betreffenden stellen ergeben. hiernach ist es von vornherein wahrscheinlich dafs das wort »res« in der regel »bis de eadem re ne sit actio« in gleichem sinne gebraucht wird wie in den ausdrücken »res in judicium deducta« und »res judicata«, und den namen der diesen entsprechenden exceptionen. betrachten wir zwei einander nah verwandte für unsre zwecke sehr wichtige, übrigens in § 15 näher zu besprechende stellen, fr. 27 de exc. rei jud. von Neratius und fr. 12 und fr. 14 pr. eod. von Paulus. beide juristen behandeln die frage, woran zu erkennen sei dafs zwei klagen »de eadem re« geführt werden, und übereinstimmend geben sie folgende kennzeichen der identität der res an: dieselben personen; dieselbe causa petendi; dasselbe object, »idem corpus de quo agitur«. da nun beide juristen ihre betrachtungen offenbar nicht auf actiones in rem oder auf actiones in personam beschränkt haben, sondern von beiden klaggattungen handeln, und gleiche elemente der res bei beiden angeben, und überhaupt keinen unterschied der res je nach der klage der sie zu grunde

§ 6. liegt hervorheben, so schliefsen wir dafs bei allen klagen die res dem wesen nach gleichartig waren. und erforschen wir das wesen dieser res genauer, so müssen wir sie nach den genannten merkmalen ihrer identität für den obligationen nahverwandte gebilde erklären; denn wir sehen dafs jede res auf gewisse personen sich bezieht, eine gewisse causa petendi voraussetzt und selber auf etwas quod petitur gerichtet ist, wie wir ja auch keine obligation ohne diese beziehungen uns denken können. da aber Neratius und Paulus ihre betrachtungen mit specieller rücksicht auf die exceptio rei judicatae und auf unsere regel anstellen, so folgt schon hieraus dafs die von ihnen entlehnte definition der res ebenso in die regel wie in die ausdrücke »res in judicium deducta« und »res judicata« hineinpassen mufs.

die res auf die sich die klage bezieht, die in judicium deducirt und endlich durch erkenntnifs entschieden wird, ist nichts anderes als der anspruch, den mittels der klage kläger wider den beklagten verfolgt. von der actio selber ist die res in diesem sinne leicht geschieden, wie überhaupt das recht von dem mittel das ihm geltung verschafft. die actio ist die form welche die res annimmt um durch procefs realisirt zu werden. ebenso leicht ist es die res von dem anspruch aus dem judicat zu unterscheiden, der nach durchgeführter actio, als product derselben, gewissermafsen in stelle der res eintritt. schwieriger dagegen kann es werden den klägerischen anspruch von der behauptung zu sondern, auf die er sich gründet. die res erscheint überall als forderung, aber sie kann auf verschiedenartigen rechten beruhn. ist das behauptete und die res tragende recht selber nicht obligatorischer natur, so ist auch hier die scheidung unschwer. die vindication stützt sich auf das eigenthum des klägers, auf die behauptung »paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse«. die res aber um die es sich hier handelt, die in judicium deducirt und consumirt wird, ist nicht etwa das eigenthum des Agerius, sondern nur ein specieller ausflufs

dieses eigenthums, der anspruch auf restitution, den der § 6.
eigenthümer wider den besitzenden Numerius hat. auf diesen anspruch bezieht sich die klage; mag Agerius sein eigenthum beweisen, findet der richter nicht zugleich dafs Numerius durch besitz oder etwa durch dolus zur restitution verpflichtet ist, so wird die klage als unbegründet zurückgewiesen. und nur auf eben diesen anspruch bezieht sich die consumption; gleichviel welchen erfolg die klage gehabt hat, war Agerius eigenthümer, so behält er sein eigenthum nach wie vor, und auch im übrigen freie ausübung desselben, nur der neuen klage über den restitutionsanspruch wider Numerius tritt unsere regel entgegen.

anders aber bei den klagen in personam. hier sind der klägerische anspruch und das in der intentio behauptete die res begründende recht gleichartig, denn beide erscheinen als forderungsrechte, und so können auch beide bisweilen zusammenzufallen scheinen. habe ich hundert als darlehn gegeben, so habe ich eine fordrung von 100 wider den empfänger erworben, und die formel, die mein ganzes recht behauptet, lautet: »Numerium mihi centum dare oportere«. und klage ich nun diese 100 ein, so umfafst mein in der klage enthaltener anspruch, diese res qua de agitur, auch wieder eben jene 100, und erscheint dem begründenden rechte überhaupt völlig gleich. unzweifelhaft ist hier dafs das ganze behauptete recht durch die erste klage consumirt ist, und jeder anderen klage aus demselben fundamente mufs unsere regel widerstehen. diese gleichheit des behaupteten in der intentio enthaltenen rechts und des eingeklagten anspruchs ist von der fassung der formel völlig unabhängig. auch bei in factum concipirten formeln kann ein gleiches verhältnifs zwischen der res und dem behaupteten recht obwalten. habe ich einen tisch deponirt, und kann ihn von dem depositar nicht gutwillig zurück erhalten, so klage ich »si paret me apud Numerium mensam deposuisse, eamque dolo malo Numerii mihi redditam non esse«. dem wesen nach geht hier meine be-

§ 6. hauptung dahin dafs ich ein recht auf restitution des deponirten tisches habe, und auch der von mir verfolgte und in der klage enthaltene anspruch geht ebenso auf restitution desselben tisches.

im gegensatze hierzu kann aber auch bei persönlichen klagen der unterschied des eingeklagten anspruchs und des begründenden rechts deutlich hervortreten; man denke z. b. an fälle, wo aus verwickelten societäts- oder mandatsverhältnissen eine einzelne leistung eingeklagt werden soll. dafs hier der einzelne mit einer klage verfolgte anspruch weit kleineres umfangs sein kann als die summe dessen was überhaupt aus solchem contracte zu fordern sein mag, erhellt ohne weitere ausführung.

um nun das wesen der res, die uns hier beschäftigt noch schärfer zu bestimmen, müssen wir zu erkennen suchen wie dieselbe in der actio äufserlich sich darstellte. bevor wir jedoch hierzu übergehn, sei es vergönnt die hier entwickelte anschauung von dem gegenstande der klagenconsumption mit der überlieferten lehre kurz zu vergleichen. ich gehe davon aus, dafs der regel nach jede klage auf einen gewissen anspruch, eine res, sich bezieht, und dafs diese res, wenngleich sie bei verschiedenen klagen als ausflüsse verschiedener rechte zu betrachten, dennoch bei allen klagen dem wesen nach gleich sind. diese res betrachte ich als den gegenstand und das maafs der processualischen consumption, denn auf sie geht unsere regel, und wo also der anspruch, die res einmal klagbar verfolgt ist, darf sie nicht gegenstand einer zweiten klage werden. dafs jeder klage ein gewisses recht zu grunde liegen müsse, dürfte nie bezweifelt sein. auch dafs jedes klagrecht einen obligatorischen charakter trage, ist vielfach ausgesprochen; ich verweise hier nur auf Savigny[a]). in der art das eigentliche klagrecht, den eingeklagten anspruch, gegen das begründende recht abzugrenzen stimme ich

[a]) System V § 205.

im ganzen mit Kellers darstellung[4]) überein; denn was ich § 6.
als res bezeichnet habe, nennt er klagrecht im materiellen sinne. der gebrauch des wortes »res« für diesen begriff möchte für uns neu sein: dafs er mit den quellen nicht im widerspruch steht folgt zum theil schon aus den hier benutzten stellen, ausführlicher aber wird dies die erste beilage erweisen. der begriff selber ist ein völlig präciser; bequem wäre es für ihn einen ebenso bestimmten ausdruck zu haben, und das wort »res« erscheint uns doch nicht so vieldeutig wie den Römern. auch Keller sieht im materiellen klagrecht, der res wie ich sie nenne, den gegenstand der processualischen consumption. die wesentlichen differenzen aber zwischen seinen und den hier vorgetragenen ansichten beziehn sich zunächst auf den ausdruck den die res in der actio findet. dafs Keller den gegenstand der consumption in der intentio sucht, ist schon in § 2 besprochen worden. da ich von einer ganz andern auffassung der intentio ausgehe, so kann ich hierin nicht mit ihm übereinstimmen. meine gründe wider Kellers anschauung, insofern sie diesen punkt betrifft, sind an andern stellen dieser abhandlung so umständlich dargelegt dafs hier alles polemisiren unnütz erscheint. zweitens aber bleibt Keller der ansicht, dafs die res, der eingeklagte anspruch den umfang der consumption bestimme, nicht überall treu. indem er[5]), um den umfang der consumption bei persönlichen klagen mit incerta intentio zu erklären, auf die einheit der mehrgliedrigen obligationen sich bezieht, geht er offenbar von der annahme aus, dafs das klagrecht im materiellen sinne bei also formulirter actio weniger begreife als was von der consumption erfafst werde. denn wenn er die gleichheit des umfangs der consumption und des eingeklagten anspruchs, der res qua de agitur auch hier richtig erkannt hätte, so müfste er aus dem umfang der res im betreffenden

[4]) Lit. Cont. § 33.
[5]) Lit. Cont. s. 258.

§ 6. falle den umfang der consumption entwickeln, und jede bezugnahme auf die einheit der die res begründenden obligation behufs jener erklärung als überflüssig erkennen. der folgende paragraph wird die gründe wider diese meinung Kellers näher erörtern.

§ 7. Bezeichnung der res.

§ 7. Nicht grofser scharfsinn ist erforderlich um zu bemerken dafs der von dem kläger eigentlich verfolgte anspruch, das desiderium actoris, diese wichtigste res de qua agitur, in den Römischen procefsformeln der regel nach keinen selbständigen ausdruck fand. die intentio bezeichnet, wie wir gesehn, das recht, gleichviel ob dinglicher oder persönlicher natur, aus dem der eingeklagte anspruch fliefst. die demonstratio, die, wo sie vorkommt, das rechtsgeschäft namhaft macht welches das in der intentio enthaltene recht begründet, dient nur zur unterstützung der intentio, und steht offenbar dem desiderium actoris noch ferner als diese. condemnatio und adjudicatio aber begreifen die anweisung an den richter so zu erkennen wie es, die wahrheit der intentio vorausgesetzt, der praetor angemessen erachtet. vielleicht konnte die adjudicatio bisweilen gerade dasjenige umfassen, worauf der anspruch der partei ging; da aber die condemnatio stets auf eine geldsumme gerichtet war, so konnte man nicht zu der anschauung gelangen dafs in ihr der klägerische anspruch selber enthalten sei, und betrachtete vielmehr die fordrung aus dem judicat als surrogat des eingeklagten anspruchs. so steht in der formel das desiderium actoris gewissermafsen in der mitte zwischen der intentio und der condemnatio; denn wenn jene den grund des anspruchs bezeichnet, so bestimmt diese die folge desselben, und es ist nur zufall wenn äufserlich der eingeklagte anspruch mit dem ihn begründenden rechte, oder mit der aus ihm erwachsenden judicatsfordrung, oder wol gar mit beiden zugleich, zusammenzufallen scheint, wie

z. b. bei der formel »si paret centum dari oportere, centum condemna.« § 7.

fragen wir aber weiter, wie die Römer zu dieser formelbildung gekommen waren, in der, was einer minder scharfen auffassung gerade das wichtigste scheinen möchte, nicht besonders hervorgehoben wird, so kann die antwort hierauf, bevor nicht genaueres über die formulirung der legisactionen ausgemittelt ist, nur ungenügend ausfallen. einzelnes nur möchte ich hervorheben. nur entwickeltes rechtsgefühl wird stets jeden anspruch mit einem rechte, das ihn begründet, in verbindung denken; und dafs soweit wir in die geschichte des Römischen processes einzudringen vermögen, wir diesen gedanken lebendig und wirksam sehen, würde uns ein beweis sein, wie das Römische volk von jeher mit ausgezeichnet scharfem rechtssinn begabt war, wenn anders dies noch des beweises bedürfte. hält man fest daran dafs kein anspruch ohne begründendes recht denkbar ist, so kommt man leicht dahin, die prüfung des anspruchs mit der untersuchung über vorhandensein des begründenden rechts zusammenfallen zu lassen, und es hat in dieser hinsicht die bildung der intentio, wie wir sie auch im legisactionsprocesse voraussetzen, nichts auffallendes. aber wenn es auch einer scharfen rechtsanschauung durchaus gemäfs erscheint, das begründende recht als bedingung der verurtheilung zu erfassen, so folgt doch hieraus nicht dafs nun auch die verurtheilung sich nicht auf den betreffenden anspruch selber beziehn dürfe. hier scheinen die Römer nur die praktische seite in das auge gefafst zu haben. geldfordrungen sind leichter erzwingbar als ansprüche auf irgend andre leistungen. der zweck des processes ist einen anspruch mittels staatshülfe erzwingbar zu machen. um nun dies erzwingen zu erleichtern und die execution zu vereinfachen mufste eine geldfordrung als resultat aus dem processe hervorgehn. diese anschauung scheint die einführung der pecuniaria condemnatio bedingt zu haben. den früheren zeiten, die auf die bequemlichkeit des

§ 7. processirens wenig gaben, war diese als allgemeine regel unbekannt.

dafs die formelfassung der art, wie wir sie eben betrachtet, ihrem zweck wohl entsprochen, ist nicht zu verkennen. denn da es keinen rechtlichen anspruch giebt, der nicht auf ein bestimmtes recht sich zurückführen läfst, so lag keine unbilligkeit darin, von dem kläger überall den beweis des begründenden rechts zu verlangen, und hierauf schon bei der bildung der formel hinzuweisen. es zwang dies den kläger klar zu werden über den eignen anspruch, und die präcision der Römischen formeln mag dem anbringen manch unbegründetes klagantrags vorgebeugt haben. andererseits verschaffte das urtheil dem kläger einen anspruch, der vor dem eingeklagten wenigstens den vorzug hatte, dafs er leichter zu realisiren war. übrigens erschien die pecuniaria condemnatio oft, z. b. wegen des juramentum in litem, auch als strafe des beklagten, und es wurde diesem dann meistens die möglichkeit eröffnet, durch erfüllung des eingeklagten anspruchs vor dem urtheil der erkenntnifsschuld zu entgehn [1]). so liegt in dem »nisi restituat« bei restitutorischen klagen eine directe hinweisung auf den eingeklagten anspruch, das desiderium actoris.

nicht zu übersehn aber ist dafs in gewissen fällen verschiedene schwierigkeiten aus dieser fassung der formel erwachsen konnten. das begründende recht kann umfassender sein als der eingeklagte anspruch. wird nun blofs dies umfassendere recht ohne jegliche beschränkung in der formel genannt, so sieht man nicht warum nur eben jener eine anspruch, und nicht vielmehr auch jeder andre der aus demselben rechte fliefst, als gegenstand der klage betrachtet werden solle. dies führt dahin dafs der richter, wenn er irgend welche feste norm der formel entnehmen soll, stets über sämmtliche ansprüche aus dem in der intentio bezeichneten rechte erkennen mufs, wenn auch nach dem willen der parteien

[1]) vergleiche übrigens die zweite beilage.

nur über einen zu entscheiden gewesen wäre. hätte man also § 7.
keine präcisere formelfassung gekannt, so würde sich hieraus der doppelte übelstand ergeben haben, dafs einmal oft der beklagte aus fordrungen verurtheilt worden wäre, wegen deren er gar nicht die klage übernommen zu haben vermeint, und zugleich dafs zum schaden des klägers die klagbarkeit von ansprüchen consumirt wäre, die kläger noch gar nicht geltend zu machen beabsichtigt hätte.

sodann wäre es möglich dafs zwar das in der intentio behauptete recht vorhanden und auch im allgemeinen geeignet wäre den von dem kläger daraus hergeleiteten anspruch zu begründen, im speciellen falle aber dennoch aus irgend einem grunde jener anspruch nicht zu recht bestünde. würde auch hier die anweisung des richters zu verurtheilen ohne weiteres an die bedingung der existenz des behaupteten rechts geknüpft, so müfste der richter den beklagten dem kläger condemniren, obwol kläger an beklagten keinen rechtsgültigen anspruch hätte.

betrachten wir nun beide eben angedeutete fälle genauer, und sehn wir welcher mittel die Römer sich bedienten die formel auf den nach absicht der parteien eingeklagten anspruch zu beschränken, und die verurtheilung nur dann eintreten zu lassen, wenn der klägerische anspruch nicht blos auf ein vorhandnes recht sich stützte, sondern auch selber vollgültig war.

dafs aus der fassung der formel der eingeklagte anspruch nicht immer genau sich erkennen liefs, war ein übelstand, der den Römern nicht entging, und dem sie im allgemeinen durch ebenso praktische wie consequente regeln zu begegnen suchten. ist die fassung der formel so ungenau dafs man zu keiner gewifsheit über den eigentlichen anspruch gelangen kann, so entscheidet Ulpian[2]) nach des Pomponius vorgange, dafs die klage zu keiner condemnation führen dürfe.

[2]) fr. 5 § 5 de rei vind.

§ 7. dies war aber ein resultat zu dem man im schlimmsten falle gelangte; wo andre hülfe möglich war, versuchte man diese. so sagt Julian [3]):

> quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat.

und ähnlich Ulpian [4]):

> si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est accipiendum est.

diesen aussprüchen völlig gemäfs war auch die entscheidung des Paulus [5]), man müsse im allgemeinen bei derartigen zweideutigkeiten mehr dem kläger als dem beklagten glauben, »alioquin semper negabit reus se consensisse«. Aristos nicht inconsequente meinung, dafs die ungewifsheit bei klagen stets so wie die bei stipulationen zu behandeln, und also stets die ungültigkeit der betreffenden klagen anzunehmen sei, verwirft Paulus nur weil sie dem böswilligen beklagten zu ausflüchten raum läfst. eben wegen dieses angeführten motivs haben wir, glaube ich, die angeführte stelle von Paulus und das citirte fr. 5 § 5 de R. V. von Ulpian nicht in der art mit einander zu vereinen, dafs wir die meinung des einen juristen auf persönliche die des andern auf dingliche klagen beschränken; vielmehr dürfte der unterschied auf einer quaestio facti beruhn, ob die undeutlichkeit des ausdrucks wirklich unheilbar erscheine, oder ob nur ein bösliches leugnen des beklagten anzunehmen sei. für uns besonders wichtig aber ist fr. 61 pr. de judiciis von Ulpian:

> solemus quidem dicere, id venire in judicium de quo actum est inter litigantes. sed Celsus ait, periculosum esse ex persona rei hoc metiri, qui semper ne condemnetur hoc dicet non convenisse. quid ergo? melius est dicere, id venire in judicium, non de quo actum est ut veniret,

[3]) fr. 12 de reb. dub.
[4]) fr. 66 de judiciis.
[5]) fr. 83 § 1 de verb. obl.

sed id non venire de quo nominatim actum est ne veniret. § 7.

offenbar denken die juristen bei allen hier angezogenen entscheidungen zunächst nur an den fall, wo der erste richter im zweifel sein könnte über welchen anspruch er zu erkennen habe. aber auch für die andere frage, welcher anspruch consumirt sei, läfst sich namentlich die letzte stelle benutzen. als in judicium deducirt und mithin als consumirt gilt nicht blos der anspruch, der ausdrücklich als gegenstand der klage bezeichnet worden ist, sondern jeder der nicht ausdrücklich ausgenommen worden ist, versteht sich unter der bedingung dafs er überhaupt als gegenstand der klage betrachtet werden könne. dies heifst mit andern worten, jeder anspruch des klägers an den beklagten der aus dem in der intentio behaupteten rechte herzuleiten ist, gilt als gegenstand der klage, so bald nicht anderes namentlich ausgemacht ist, »nominatim actum est«. fraglich erscheint aber in welcher weise dies »nominatim agere« erfolgen müsse, ob nur, sobald es einen ausdruck in der formel gefunden, es beachtet werde, oder ob vielleicht auch jede mündliche verabredung genüge den umfang der klage zu begrenzen. die worte »nominatim agere« schreiben keine bestimmte form vor. dennoch scheint mir, nach dem was wir aus Gajus wissen, für die zeit des Celsus mit gewifsheit, und für die Ulpians mit grofser wahrscheinlichkeit, angenommen werden zu müssen dafs, was nur die parteien unter sich über den umfang der res de qua agitur ausgemacht, für den umfang der consumption von keinem einflufs war, vielmehr nur dasjenige nominatim actum wirksam wurde, das aus der formel dem richter erkennbar war. anders freilich nach dem verschwinden des formularprocesses. für das classische recht aber werden wir dabei beharren müssen, jeden anspruch der nach der formelfassung als gegenstand der klage, als res de qua agitur, angesehn werden kann, als durch die klaganstellung in judicium deducirt und consumirt zu betrachten, gleichviel ob er irgend

§ 7. wo besonders von den parteien als gegenstand der klage bezeichnet worden war, ja gleichviel ob es überhaupt in der absicht der parteien gelegen die klage auf ihn zu beziehn oder nicht. nur der anspruch der ausdrücklich und, fügen wir für das ältere hinzu, durch die formelworte als solcher bezeichnet war, auf den die klage nicht zu beziehn sei, der galt als nicht in judicium deducirt. dafs aber die ausschliefsung der nicht einzuklagenden ansprüche nicht auch eine negative fassung der formel voraussetzte, bedarf wol kaum weiterer ausführung. wenn es allgemein anerkannt ist dafs jeder aus der intentio herzuleitende anspruch der regel nach als gegenstand der klage gilt, und nun ausdrücklich in der klagformel gesagt wird: »dieser anspruch soll als eingeklagt gelten« »ea res agatur de.....«, so kann die bedeutung dieser worte nur sein, dafs dieser anspruch allein als eingeklagt betrachtet werden solle. hier lauten die betreffenden formelworte positiv, und dennoch leuchtet ein dafs sie die ausdrückliche ausschliefsung jedes andern anspruchs als des hervorgehobenen enthalten.

die gefahr dafs andere ansprüche als die der kläger eben geltend zu machen beabsichtigte consumirt würden, war bei den klagen in rem geringer als bei den klagen in personam. die wirkung unserer regel ist überall darauf beschränkt, dafs keine zweite klage de eadem re statt finden darf. daher konnte, wo das die eingeklagte res begründende recht wol seiner beschaffenheit nach reicher und vielseitiger, wie z. b. das eigenthum, aber doch nicht von weiterem umfange war als der klägerische anspruch, vielmehr beide auf dasselbe object sich bezogen, auch über den umfang der consumption kein zweifel sein. dem der mit der dinglichen klage aufgetreten war, blieb stets sein recht an der sache, nur betreffs der klagbarkeit beschränkt. und auch diese beschränkung bezog sich nur auf die person des ersten beklagten und auf etwaige successoren desselben; gelangte die sache in selbständigen besitz eines dritten, so konnte der berechtigte wider diesen

klagen: denn der neue restitutionsanspruch galt wegen ein- § 7.
tritts einer alia persona als alia res [*]). aber auch wo das eigenthum weiteres umfangs war als der eingeklagte anspruch, das heifst, wo dieser auf eine sache sich bezog die im verhältnifs zu dem objecte des dinglichen rechts des klägers wie der theil zum ganzen sich verhielt, war es leicht zweifel über den umfang des eingeklagten und darum consumirten anspruchs zu vermeiden. die intentio behauptet, zur begründung des klägerischen anspruchs, das recht an eben der sache die der kläger vindicirt; und wenn nun wirklich kläger eigenthümer ist von *A*, das aus *a b c* und anderen theilen besteht, und will jetzt vom Numerius nur eben *a* vindiciren, so wird er in der intentio sich nur auf sein recht an *a*, und keineswegs auf sein recht an *A* berufen, was allein zu zweifeln veranlassung geben könnte. so z. b. wird, wer nur einen locus von dem ihm gehörigen fundus vindiciren will, in der intentio nur sein recht an dem locus, nicht an dem ganzen fundus behaupten. freilich setzt dies voraus dafs das recht an dem theil als selbständiges gedacht und gefafst werden könne; aber wo dies nicht möglich, ist auch die vindication des theils überhaupt nicht zulässig. so scheint also im allgemeinen bei klagen in rem die schwierigkeit, den eingeklagten anspruch durch die formel genau abzugrenzen, durch eine angemessene theilung des zu grunde liegenden dinglichen rechts und ausschliefsliche aufnahme des dem eingeklagten anspruche entsprechenden theils dieses rechts in die formel meist leicht gelöst werden zu können. einzelne ausnahmsfälle in denen auch bei dinglichen klagen zweifel über den umfang der consumption entstehn können, sind später ausführlich zu erörtern.

anders bei den klagen in personam. hier ist das begründende und darum in die intentio zu fassende recht des klägers entweder ein einfaches, z. b. »centum dari oportere«,

[*]) vergl. § 15 u. § 16.

§ 7. oder ein complicirtes fordrungsrecht, z. b. der inbegriff dessen was man aus einer societät oder etwa von einem vormunde zu fordern hat. die processualische consumption wirkt auf solches fordrungsrecht weit mächtiger ein als auf das eigenthum; denn die obligation verliert mit der klage den besten theil ihrer wirksamkeit, und während das dingliche recht wider jeden dritten klagbar bleibt, kann aus der fordrung von anfang an nur wider bestimmte personen geklagt werden. zugleich aber ist es in manchen fällen nicht ganz leicht den umfang der eingeklagten res durch die formelworte richtig zu präcisiren. darum scheint die gefahr zu weiter fassung hier ebenso näher zu liegen wie gröfser zu sein als bei dinglichen klagen.

klar ist nach dem was schon vorher angedeutet worden, dafs wenn das begründende fordrungsrecht ohne nähere bestimmung und begrenzung in der intentio aufgeführt wird, der richter angewiesen ist jeden anspruch, der sich aus diesem recht ergiebt, zu berücksichtigen: denn was nicht ausdrücklich ausgenommen ist, gilt als in judicium deductum; und da also solche klage jeglichen anspruch aus der betreffenden obligation der richterlichen cognition unterwirft, so mufs sie, nach maafsgabe unserer regel, auch die gesammtheit der ansprüche consumiren. will man dagegen nur einen theil des einfachen fordrungsrechts, oder einen einzelnen anspruch aus der mehrheit der aus dem complicirten fordrungsrecht zuständigen ansprüche einklagen und die consumption der übrigen fordrung vermeiden, so mufs die formel so gestaltet werden, dafs durch sie die richterliche thätigkeit nicht auf die untersuchung der gesammtheit jener ansprüche gerichtet, vielmehr auf die prüfung des einen anspruchs, der einen res die eingeklagt werden soll, beschränkt wird. dies ist um so nothwendiger als der umfang des anspruchs über den der richter zu erkennen hat, der in judicium deducirt und also consumirt wird, von dem umfang dessen was der richter dem kläger zuzusprechen hat nach Römischer auffassung sehr verschieden sein kann.

den umfang der consumption bestimmt, wie wir angenommen haben, der eingeklagte anspruch, die res de qua agitur; und diese wieder erkennen wir aus der intentio, oder aus der intentio und demonstratio, indem alle die ansprüche, die aus dem in der intentio behaupteten rechte herzuleiten sind, als in judicium deducirt gelten. hiernach leuchtet ein dafs, wenn über einen bestimmten anspruch klage erhoben ist, durch diese klage kein anderer anspruch als eben der, über welchen die klage erhoben ist, consumirt werden kann. indem Gajus davon ausgeht dafs durch die intentio, respective durch die demonstratio, die aus ihnen abzuleitenden eingeklagten ansprüche bestimmt werden, spricht er die regel in den sätzen aus [7]): §7.

si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse;

und [8]):

falsa demonstratione rem non perimi.

eine unmittelbare anwendung aber findet diese regel, wo klage erhoben ist über einen anspruch der dem kläger gar nicht zusteht; denn da ein nicht zuständiger und ein zuständiger anspruch nicht füglich als ein und derselbe anspruch gelten mögen, so ergiebt sich dafs durch eine klage über nicht zuständige ansprüche nie wirklich zuständige ansprüche consumirt werden können. doch bedarf dies noch näherer ausführung.

bei jeder contractsklage beruft sich die in jus concipirte intentio auf ein »dare« oder »dare facere oportere« d. h. auf das vorhandensein eines erzwingbaren, klagbaren fordrungsrechts. hätte der praetor die formel gegeben: »si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere«, und der richter fände dafs wol eine fordrung des Agerius auf 100 begründet und zwar der beschaffenheit wäre, dafs sie eventuell zur compensation und soluti retentio berechtigen

[7]) IIII 55.

[8]) IIII 58; vergl. 59.

§ 7. würde, aber keine klage zu erzeugen vermöchte, so müfste er den kläger abweisen; denn die bedingung »si paret dare oportere«, dafs eine klagbare forderung vorhanden, wäre nicht erfüllt. wider diese meinung darf man sich nicht auf fr. 7 pr. de comp. von Ulpian beziehn,

quod in diem debetur, non compensabitur antequam dies venit, quanquam dari oporteat:

denn es ist geradezu unmöglich dafs die nicht compensable forderung zu einer verurtheilung habe führen können, und wiederum nicht abzusehn, wie der richter, dessen urtheil allein von der bedingung »si paret dari oportere« abhängig gemacht war, freisprechen konnte, wo ein dari oportere vorhanden war. entweder also, Ulpian hat sich wenig scharf ausgedrückt, oder, was vielleicht wahrscheinlicher, seine worte sind von den compilatoren nicht genau überliefert worden; denn dafs diese die alte technische bedeutung des dari oportere nicht berücksichtigten, kann nicht auffallen. übrigens hat auch Keller bereits die beweiskraft dieser stelle angefochten [9]). kehren wir nun zu dem vorher betrachteten falle zurück. worüber hätte hier die berührte klage stattgefunden?

halten wir uns streng an den wortlaut, so bezieht sich die klage nur auf die ansprüche aus dem klagbaren fordrungsrecht, und wollten wir nun hierauf die eben entwickelte regel anwenden, so würde sich ergeben dafs, da die klage über ansprüche aus einer klagbaren fordrung statt gefunden habe, eine klagbare fordrung aber nicht vorhanden sei, und mithin auch keine ansprüche aus ihr existiren, die klage über gar keine ansprüche statt gefunden habe, »de nulla re actum esse« und also »nullam rem in judicium deductam esse«. aber dies war nicht Römische anschauung. bleiben wir bei dem obigen falle, und nehmen wir an dafs etwa durch stipulation irgend eine fordrung davon abhängig gemacht worden wäre, dafs über die betreffende naturalis obligatio eine klage erhoben

[9]) Lit. Cont. § 58. n. 16.

würde, so wird durch die anstellung der klage mit der oben § 7.
angeführten formel diese bedingung erfüllt, obwohl streng nach dem wortlaut der intentio die klage sich nur auf ansprüche aus klagbarer fordrung, nicht auch aus der naturalis obligatio bezieht. doch ist dies ein fall von geringer praktischer bedeutung. überhaupt wird nur in ausnahmsfällen eine klage über eine absolut klaglose fordrung praktische wirkung äufsern desto wichtigere aber wo die klaglosigkeit nur eine beschränkte ist. solche beschränkte klaglosigkeit kennt das Römische recht in zwei fällen: wo die klagbarkeit erst mit einem gewissen termin eintritt, die fordrung aber schon vor diesem termine besteht; und wo die klage für eine gewisse zeit oder für gewisse verhältnisse durch exceptionen ausgeschlossen ist. in beiden fällen wirkt die klaganstellung gleich, doch scheint die begründung, warum diese wirkungen eintreten, nicht für beide fälle gleich sein zu können.

lautete die formel

si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, ac si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia intra annum peteretur,

und der richter fände das betreffende jahr noch nicht abgelaufen, so würde er den kläger abweisen weil die eine bedingung der verurtheilung deficirte; nichts destoweniger wäre es durchaus zweifellos dafs seine cognition auf die ansprüche aus jenem dare oportere, aus der klagbaren fordrung sich bezogen hätte, und mithin diese ansprüche als eingeklagt und in judicium deducirt betrachtet werden müfsten. denn die klagbarkeit der fordrung ist durch jenes pactum keineswegs aufgehoben. man denke an den fall wo des pactum nicht ausdrücklich in der formel erwähnung geschähe: der richter würde verurtheilen, also das dare oportere als vorhanden anerkennen, auch wenn er inzwischen von dem geschlossenen pactum de non petendo erführe.

anders bei der einfachen formel »si paret centum dare oportere«, wenn der richter ersieht dafs die 100 erst nach

§ 7. einer gewissen frist fällig sind. abweisen mufs er hier den kläger, weil zur zeit noch kein dare oportere existirt: aber dafs dennoch die angestellte klage als klage über die erst später fälligen 100 gilt, ist eine zwar nicht unnatürliche aber doch nicht nothwendige, und daher eine als eigenthümlich Römisch zu bezeichnende anschauung. wir thun wohl dieser betrachtung die einiger ähnlichen fälle anzureihen. ich habe 50 zu fordern und klage auf 100, »si paret centum dare oportere«. nach streng consequenter anschauung würden durch diese klage nur die ansprüche aus einer fordrung auf 100 consumirt, und da solche fordrung nicht existirt, wäre nichts in judicium deducirt, nichts consumirt. aber die Römer folgten der andern auffassung: in der fordrung auf 100 ist die fordrung auf 50 enthalten; so ist die klage über die 100 zugleich eine klage über die 50, und somit ist durch jene klage die klagbarkeit meines anspruchs auf 50 consumirt. oder: ich stipulire »hominem dari« und klage »Stichum dari«. auch hier gilt mein anspruch aus der stipulation als res de qua agitur, obwol andererseits ich abgewiesen werde, weil nur auf einen beliebigen sklaven und keineswegs auf den Stichus ich einen anspruch habe. alle diese und ähnliche fälle begreifen die Römer unter den namen der pluris petitio, und sie erkennen als allgemeine regel an dafs, wenn ein gewisser begründeter anspruch zu einem andern eingeklagten aber nicht genügend begründeten anspruche so sich verhält, dafs er als der kleinere in jenem formell gröfseren enthalten ist, die angestellte klage, obwol sie sich äufserlich nur auf jenen gröfseren unbegründeten anspruch zu beziehn scheint und darum abzuweisen ist, dennoch zugleich als klage über den kleineren begründeten anspruch gilt[10]).

[10]) hierauf zu beziehn sind die worte des Paulus fr. 14 pr. de exc. r. jud. idem corpus .... non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur.
vergleiche § 18.

hierbei ist aber noch der unterschied der certa und der §7.
incerta formula hervorzuheben. die certa intentio bezeichnet den umfang des fordrungsrechts, auf das sie sich beruft, genau und zweifellos. die klage bezieht sich daher auf jeden anspruch, der sich aus der so bestimmten fordrung ergiebt. hierdurch und durch den umfang, in dem ansprüche die der consumption unterliegen können vorhanden sind, bestimmt sich der umfang der im speciellen falle eintretenden consumption. ist also wirklich ein anspruch in dem maafse begründet, in welchem er nach der certa intentio als gegenstand der klage gilt, so wird er in eben diesem maafse consumirt; ist aber der wirklich vorhandene anspruch kleiner als der auf den die intentio hinweist, so tritt die consumption ein, weil überhaupt der kleinere anspruch als in dem gröfseren enthalten angesehn wird und die klage über den gröfseren anspruch zugleich als klage über den kleineren in jenem enthaltenen anspruch gilt, aber der umfang der consumption wird hier natürlich durch den umfang des der consumption unterliegenden stoffes, d. h. durch den umfang des kleineren wirklich vorhandnen anspruchs, bestimmt: denn nur was existirt kann consumirt werden.

der deutlichkeit wegen mögen erläuternde beispiele folgen. ich klage »centum dare oportere«. als gegenstand der klage ergiebt sich aus dieser intentio ein anspruch aus einer klagbaren fordrung von 100. ist ein solcher anspruch vorhanden, so wird dieser consumirt. ganz dasselbe resultat würde eintreten wenn der vorhandne anspruch etwa mehr als 100 betrüge. die consumption bleibt auf 100 beschränkt: denn ein gröfserer anspruch ist nicht gegenstand der klage, nicht in judicium deducirt worden. betrüge aber der vorhandne anspruch nur 50, so würde durch die klage auf 100 auch nur eben dieser anspruch auf 50 consumirt, da einerseits dieser als res qua de agitur angesehn wird, andererseits ein anspruch auf 100, der nicht existirt, auch nicht der klagbarkeit beraubt werden kann.

§ 7. da über alle fälle der pluspetition dieselbe regel herrscht, scheint es unnöthig jeden einzeln zu betrachten. nur einem mifsverständnifs ist vorzubeugen. ich sage, die klage auf mehr consumirt den anspruch auf weniger, und nur diesen, wo das weniger im mehr enthalten. 100 sind an einem gewissen termin fällig, ich klage auf 100 sechs monate früher. würde hier nicht der anspruch auf die ganzen 100 consumirt? consumirt wird der anspruch auf die im Juli fälligen 100, eingeklagt war ein anspruch auf die im Januar fälligen 100. dieser ist jenem gegenüber als der gröfsere zu betrachten, und so wird also auch in diesem falle geklagt auf das plus, consumirt aber nur das minus.

soviel über den umfang der consumption bei der certa intentio. die condemnation geht hier stets auf eine bestimmte summe; daher bekommt der kläger entweder diese oder gar nichts. maafsgebend für den betrag der summe war die gröfse des durch die intentio fixirten klägerischen anspruchs. nur wenn dieser anspruch in jeder richtung als wohlbegründet sich darstellte, durfte der richter verurtheilen. hieraus ergiebt sich für das verhältnifs der consumption zur condemnation folgendes.

wo der vom kläger eingeklagte anspruch in ganzem maafse vorhanden ist, wird, wie wir gesehn, dieser ganze anspruch consumirt. dafür erhält der kläger durch die condemnation einen neuen anspruch, dessen umfang wesentlich durch die gröfse des eingeklagten anspruchs normirt wird, so dafs wir in diesem falle den umfang der consumption und den der condemnation als übereinstimmend bezeichnen können.

ist zweitens der dem kläger als zuständig nachzuweisende anspruch kleiner als der eingeklagte, so begreift die consumption diesen kleineren wirklich zuständigen anspruch, die condemnation aber geht auf nichts, da die bedingung der verurtheilung, dafs der eingeklagte anspruch begründet erscheine, nicht erfüllt ist.

endlich, lag dem klagantrag gar kein gültiger anspruch zu

grunde, so sind wiederum consumption und condemnation §7.
dem umfange nach gleich, indem beide nichts begreifen.

die incerta intentio nennt als bedingung der condemnation dafs irgend ein klagbares fordrungsrecht aus dem in der demonstratio genannten geschäft zur zeit existire. ich beharre hier bei der vorher entwickelten auflösung der incerta intentio, und betrachte demnach das »si paret ob eam rem aliquid dari oportere« als die eigentliche intentio und bedingung der verurtheilung. was gilt nun als eingeklagter anspruch, als res qua de agitur? hier mögen wir die bedeutung des ausspruchs von Celsus und Ulpian im besprochenen fr. 61 pr. de judiciis erkennen, dafs was nicht ausdrücklich ausgenommen, als in judicium deducirt zu betrachten sei. jenes »si paret aliquid dari oportere« kann auf jeden anspruch aus dem betreffenden rechtsgeschäft bezogen werden, und darum wird es der regel nach auf alle bezogen. also, klage ich aus einem contract mit der formel »quicquid dare facere oportet«, so klage ich hiermit meine sämmtlichen ansprüche aus dem contract ein; und dies darf umsoweniger bezweifelt werden, als, wo wirklich sämmtliche ansprüche aus einem geschäft mit einer klage eingeklagt werden sollen, niemand die formel anders fassen könnte. die unmittelbare folge aber davon dafs durch eine solche formel sämmtliche ansprüche aus einem rechtsgeschäft in judicium deducirt werden, ist dafs sämmtliche ansprüche zugleich consumirt werden. ein unterschied zwischen dem umfange des formell eingeklagten anspruchs und dem des seiner klagbarkeit beraubten, wie wir einen solchen unterschied bei der pluris petitio, wo der gröfsere aber unbegründete anspruch äufserlich als res de qua agitur bezeichnet aber der kleinere wirklich begründete consumirt wird, anzunehmen gezwungen waren, kann hier nicht vorkommen, da hier kein bestimmtes maafs der res de qua agitur vorgeschrieben, sondern nur eben jeder anspruch, der aus dem in der intentio genannten fordrungsrecht herzuleiten sein mag, als gegenstand der klage bezeichnet wird.

§ 7. vergleichen wir nun mit der consumption die condemnation. der richter soll sehn »si quid dari fieri oportet«. ist dies nicht der fall, so weist er ab, findet er aber die bedingung erfüllt, so mufs er den beklagten verurtheilen auf »quicquid id est quod dari fieri oportet« d. h. wieviel zur zeit klagbar ist. sind alle ansprüche aus dem zu grunde liegenden rechtsgeschäft fällig, so mufs das erkenntnifs alle umfassen, wo nicht, weniger, so viel eben fällig sind. da nun aber in all diesen fällen die consumption stets gleiches umfangs bleibt und immer alle ansprüche umfafst, die aus demselben geschäft je eingeklagt werden könnten, so folgt dafs die condemnation oft den umfang der consumption erfüllen kann, wo eben alle ansprüche bereits fällig sind, oft weit geringeres umfangs sein wird, wo nicht alle, vielleicht gar kein anspruch fällig ist.

zu besserer übersicht mögen die verschiedenen und respective gleichen einwirkungen der certa und der incerta intentio auf den umfang der consumption und den umfang der condemnation in den wichtigsten der hier behandelten fälle nebeneinander gestellt werden.

ich beginne bei dem falle wo zur zeit der klage zwar ein fordrungsrecht vorhanden, aber noch zu keinem theile klagbar ist, wie z. b. bei der fordrung aus einem legat bevor dies venit, oder bei der aus einem betagten versprechen ehe der termin eingetreten ist. die condemnation kann hier nichts erfassen und der kläger mufs abgewiesen werden, gleichviel ob er eine klage mit intentio certa oder mit intentio incerta anstrengte. der grund der abweisung ist genau genommen derselbe in beiden fällen, denn beide male wird die in der intentio enthaltene bedingung der verurtheilung nicht erfüllt. der richter mufs die frage »si paret centum dari oportere« sowol wie die andere »si paret aliquid dari oportere« verneinen; denn zur zeit existirt kein dari oportere, keine klagbare fordrung. dennoch unterscheidet man: ist die klage eine certa, so erfolgt die abweisung wegen plus-

petition[11]), die im andern falle, bei der incerta intentio[12]), § 7.
unmöglich ist. der unterschied ist aber nicht wesentlich. bei der pluspetition wird der kläger nicht abgewiesen weil er das weniger hat, sondern weil er das mehr, das er einklagt, nicht hat. auch bei der klage mit der incerta formula stellt sich in diesem falle dasselbe resultat heraus, nämlich dafs der kläger nicht hat was er einklagt, eine im augenblick der klaganstellung fällige fordrung, wol aber etwas anderes, die später fällige fordrung, die zu der eingeklagten fordrung sich verhält wie weniger zu mehr. materiell also enthält auch die klage mit der incerta formula ein zuvielfordern: da aber die äufserliche fassung der formel der annahme einer pluspetition widerstrebt, und andererseits für die fälle, wo zuviel gefordert wurde, nicht besondere regeln galten, sondern nur die allgemeinen consequente anwendung fanden, so schien es weder schicklich noch nöthig hier das bild einer pluspetition festzuhalten. ebenso ist der umfang der consumption gleich grofs, mag ich mit der formula certa oder mit der incerta klagen: die intentio »si paret centum dari oportere« begreift, wie wir gesehn, auch die später fälligen 100; dieser anspruch gilt als object der klage und wird daher consumirt[13]). lautet aber die formel »quod ... stipulatus est, quicquid ob eam rem dari fieri oportet«, so sehn wir die klage jeden anspruch aus der stipulation erfassen. waren also hier gerade hundert unter späterem termin versprochen, so bestimmt sich der umfang der consumption ganz wie bei der certa formula[14]).

[11]) Gajus IIII 53. § 33 I. de action.

[12]) Gajus IIII 54.

[13]) Gajus IIII 53. § 33 I. de act.

[14]) dafs wirklich, wo mit einer incerta formula geklagt wurde, die consumption stets alle aus dem betreffenden geschäfte herzuleitenden ansprüche consumirte, auch wenn zur zeit noch keiner fällig war, ergiebt sich unmittelbar aus Gajus IIII 131. doch mag man auch IIII 123, und wie Pomponius im fr. 21 pr. de exc. r. jud. seine entscheidung rechtfertigt, vergleichen.

§ 7. ein dem besprochenen sehr ähnlicher fall ist der, wo zur zeit der klaganstellung eine exceptio dilatoria begründet ist. der kläger wird abgewiesen und der eingeklagte anspruch consumirt [15]). auch hier macht es betreffs des umfangs so der condemnation wie der consumption keinen unterschied, ob kläger seinen anspruch in eine certa oder in eine incerta formula kleidete.

in beiden fällen wird es ein dem kläger freilich höchst unerwünschtes resultat sein abgewiesen zu werden und zugleich den verfolgten anspruch verloren zu haben, doch liegt hierin keine unbillige härte. es steht im belieben des klägers mit der klaganstellung zu warten, bis er zu klagen befugt ist: thut er dies so trifft ihn kein schaden. klagt er aber wann er zum klagen nicht befugt ist, so verdient er die strafe, die ihm dadurch wird dafs die consumption sein recht erfafst während die condemnation auf nichts hinausläuft.

wir gelangen jetzt zu dem fall wo zu einer gewissen zeit die dem kläger aus demselben geschäft erwachsenen fordrungen zum theil bereits klagbar, zum andern theile aber noch nicht fällig sind. klagt Agerius mit der intentio incerta, so begreift wieder die consumption alle ansprüche [16]), weil alle, fällige wie nicht fällige, als eingeklagt zu betrachten sind. dagegen aber kann eine verurtheilung nur aus den bereits fälligen statt finden. in diesem falle aber ist das resultat einer angestrengten certi actio wesentlich verschieden. entweder kläger klagt auf die gesammtheit seiner ansprüche, die er in eine summe begreift, und wird wegen pluspetition abgewiesen; hier umfafst die consumption ebenso wie bei der klage mit intentio incerta sämmtliche ansprüche, aber die condemnation wird nicht durch das maafs des fälligen bestimmt sondern geht auf nichts. oder kläger klagt nur das fällige ein; alsdann stimmt die condemnation dem umfang

[15]) Gajus IIII 123, 124.
[16]) Gajus IIII 131.

nach mit der aus der incerta actio erfolgenden überein, da- § 7.
gegen erfafst die consumption auch nur das fällige und weicht also von dem durch die incerta intentio bedingten umfange ab. einer weiteren motivirung scheinen diese verschiedenen wirkungen der klagen nach dem vorhergehenden nicht zu bedürfen.

dafs wenn geklagt wurde zu einer zeit, wo noch gar kein anspruch fällig, die consumption weiter griff als die condemnation, erschien als billige strenge. dafs aber die klage die wegen einzelner fälliger ansprüche angestellt wird auch die nicht fälligen begreift, ist nicht ebenso zu rechtfertigen. denn der kläger der fälliges einklagt, nutzt sein gutes recht und thut nichts straffälliges. so mufste die möglichkeit geschafft werden fälliges einzuklagen ohne zugleich die nicht fälligen ansprüche aus demselben geschäft klaglos zu machen. eins der mittel diese möglichkeit zu erreichen, die auf das fällige beschränkte certi actio, ist bereits beiläufig erwähnt worden: die nähere prüfung aller, und ihres verhältnisses zu einander, mag eine kurze betrachtung der wichtigsten quellenzeugnisse, die uns über diesen theil der consumptionslehre erhalten sind, einleiten. diese bietet zugleich gelegenheit Kellers interpretation zu widerlegen; denn eine so ausgezeichnete arbeit, auch wo sie zu falschen resultaten führt, fordert sorgfältige berücksichtigung.

jene quellen sind:

Gajus IIII 131: saepe enim ex una eademque obligatione aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est. velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus: nam finitis quibusdam annis aut mensibus, hujus quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio vero adhuc nulla est. si ergo velimus id quidem quod praestari oportet petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in incerto relinquere, necesse est ut cum hac praescriptione agamus »ea res

§ 7. agatur, cujus rei dies fuit«. alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus, cujus intentio his verbis concepta est »quicquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere«, totam obligationem, id est etiam futurorum annorum, in hoc judicium deducimus et ....

item si verbi gratia ex empto agamus ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita praescribere »ea res agatur de fundo mancipando«, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda ea vel ex stipulatu vel ex empto agere possimus. alioquin protinus totius illius juris obligatio, illa incerta actione »quicquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet«, per litis contestationem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.

Cicero de oratore I 168 (37): quid? his paucis diebus nonne, nobis in tribunali Q. Pompeji praetoris urbani familiaris nostri sedentibus, homo ex numero disertorum postulabat ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur »cujus pecuniae dies fuisset«? quod petitoris causa comparatum esse non intelligebat ut, si ille infitiator probasset judici ante petitam esse pecuniam quam esset coepta deberi, petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur »quod ea res in judicium antea venisset«.

fr. 76 § 1 de verb. obl. (Paulus l. 18 ad ed.) cum stipulamur »quicquid te dare facere oportet«, id quod praesenti die duntaxat debetur, in stipulationem deducitur, non, ut in judiciis, etiam futurum. et ideo in stipulatione adjicitur verbum »oportebit«, vel ita »praesens in diemue«.

abgesehn von dem in den ersten beiden stellen erwähnten mittel weitergreifender consumption zu begegnen, ergiebt sich die erklärung dieser stellen aus dem vorgehenden. indem ich den theil der formel »quicquid dare facere oportet con-

demna« in die sätze »si quid dare facere oportet, quicquid id est condemna« auflöse, und bei der lehre des Celsus beharre, dafs was nicht ausdrücklich ausgenommen sei, als in judicium deducirt gelten müsse, sehe ich den richter durch die betreffende formel mit intentio incerta angewiesen jeden anspruch zu prüfen der aus dem zu grunde liegenden rechtsgeschäft sich ergeben könnte, dem kläger aber nur das fällige, »quod dare facere oportet« zuzusprechen. demnach mufste die consumption alle ansprüche begreifen, denn was in judicium deducirt wird, wird auch consumirt, die condemnation aber stets nur die fälligen. § 7.

dafs wo mit einer incerta intentio ohne jegliche beschränkung fällige fordrungen eingeklagt wurden, wenn zu gleicher zeit andere fordrungen aus demselben rechtlichen grunde noch nicht fällig waren, der umfang der consumption ein anderer war als der der condemnation, konnte nach den angeführten stellen von Cicero und von Gajus nie übersehn werden. da man aber gewohnt war in der intention das maafs der consumption zu suchen, und zugleich hier die worte »quicquid dare facere oportet« offenbar das maafs der condemnation bezeichnen, so entstand viel streit darüber, ob die intentio bei solcher klage nur das fällige oder auch das nicht fällige begreife. dafs die worte »quicquid dare facere oportet« auch auf das nicht fällige zu beziehn seien und somit wol den umfang der consumption aber nicht den der condemnation richtig bezeichnen, haben angenommen Dupont[17]) Buchka[18]) und wie es scheint auch Wächter[19]), der übrigens mit unbeneideter leichtigkeit über die vorliegenden schwierigkeiten sich fortsetzt. aber mit überlegener umsicht hat Keller[20]) das gegentheil erwiesen, dafs die worte

[17]) disquisitiones in comm. IIII inst. Gaji.

[18]) Einflufs § 2.

[19]) Erörterungen III s. 15.

[20]) Lit. Cont. § 58 und Recension des Buchkaschen werks in der Hall. A L Z 1846 n. 188 f.

§ 7. »quicquid dare facere oportet« stets nur auf fälliges zu beziehn seien, und im vorliegenden falle das maafs der condemnation, nicht aber der consumption richtig bestimmen. in dieser richtung trete ich seinen ausführungen überall bei, nicht aber in der andern richtung, wo sie bestimmt sind den über die fassung der intentio hinausgreifenden einfluſs der consumption zu erklären.

in der Litis Contestation[21]) hat Keller seine erklärung auf die einheit einer mehrgliedrigen obligation gestützt: es sei die Römische ansicht

> dafs die verschiedenen einzelnen forderungen, welche aus einer haupt-obligation als aus ihrer gemeinsamen quelle entspringen, nicht selbständige rechtsverhältnisse mit getrennten klagen, sondern bloſse verzweigungen von jener sind, und als solche auch nur mit der einzigen daraus entstehenden gesammtklage verfolgt werden können. diese aber begreift die sämmtlichen rechtlichen folgen der ganzen obligation, und sie wird daher durch einmalige anstellung sammt dieser ihrer grundlage für alle zukunft consumirt.

diese angenommene einheit der obligationen hat Keller ursprünglich auf fr. 15, 16 de neg. gestis, fr. 46 de hered. inst. fr. 35 § 7 de mort. c. don. gestützt und später[22]) mit seiner auffassung der legis actio per arbitri postulationem in verbindung gebracht.

gegen diese erklärungsart spricht zweierlei, dafs die annahme einer solchen einheit nicht erwiesen ist, und dafs es dieser annahme zur erklärung des umfangs der consumption nicht bedarf.

die angezogenen beweisstellen, auf die sich übrigens auch Dernburg[23]) beruft, beweisen in diesem zusammenhange nichts. dafs der kauf einer sache und die stipulation mehrer terminalzahlungen, auf welche beiden fälle gerade die von

[21]) § 33.

[22]) Recension; vergl. Civ. Pr. n. 476.

[23]) Hereditatis Petitio § 3. n. 2.

Gajus beispielsweise angeführten praescriptionen sich beziehn, § 7.
von den Römern als je ein geschäft betrachtet wurden und mit je einer klage realisirt werden konnten, das bedurfte des beweises wirklich nicht; dafs aber aus einem kauf, einer stipulation, einem mandat, einer societät, überhaupt aus einem geschäft stets nur eine klage angestellt werden konnte, trotz aller mannigfaltigkeit der einzelnen zu fordernden leistungen, das beweisen die stellen nicht und können sie nicht beweisen, weil es thatsächlich nicht der fall ist. aufserdem aber scheint es inconsequent von Keller diese angenommene einheit mit der sogenannten arbitri postulatio in verbindung zu bringen; denn diese soll ja in ältester zeit gerade den gegensatz zum judicium gebildet haben. die stipulation aber, auch wo sie sich auf terminleistungen bezog, wie in dem von Gajus besprochenen fall, war doch wol von jeher geeignet ein judicium zu begründen [24]). der beste beweis aber gegen die behauptete einheit der betreffenden rechtsgeschäfte liegt darin dafs, wie Keller auch selber durchaus nicht verkennt, nicht nur die gesammtheit aller fordrungen aus demselben auf ein mal und mit einer hauptklage, sondern auch alle fordrungen einzeln mit specialklagen verfolgt werden können, geschehe dies nun mittels einer certi condictio wo diese zulässig, oder mittels einer incerti actio die mit der erforderlichen praescription versehn ist. denn das ist unmöglich, dafs die natur der zu grunde liegenden hauptobligation eine andre ist wenn eine certa actio angestellt wird, eine andre wo eine incerta statt findet, oder dafs die einheit der betreffenden obligation durch die praescription »ea res agatur« ausgeschlossen wird.

durch die formel mit intentio incerta werden alle ansprüche consumirt weil alle ansprüche durch sie in judicium deducirt werden. dafs dies der fall, bezeugt Paulus: ».... deducitur ... in judiciis etiam futurum«, wie Gajus: »totam

[24]) vergl. Kellers Civ. Pr. § 7 und § 88.

§ 7. obligationem id est etiam futurorum annorum in hoc judicium deducimus«; und auch Cicero kennt nur eine exception »quod ea res in judicium antea venisset«. ist nun vielleicht die einheit der zu grunde liegenden obligation, wenn nicht unmittelbarer grund der consumption, doch grund von dem was die consumption bedingt, das heifst grund eben davon dafs alle ansprüche durch eine klage in judicium deducirt werden? auch dies müssen wir verneinen; denn nicht jede klage die aus jener einheitlichen obligation angestrengt wird, deducirt sämmtliche ansprüche in judicium, sondern nur die klage deren formel sämmtliche ansprüche als klagobject bezeichnet; denn klage ich aus dem kauf des Stichus und Eros »quod Stichum emi, quicquid ob eam rem dare facere oportet«, so wird mein anspruch auf Eros nicht in judicium deducirt. also aus jedem geschäft, aus dem ansprüche auf mehre leistungen erwachsen, kann ich bald alle ansprüche zusammen, bald irgend welchen einzelnen einklagen. wo die klagformel alle ansprüche als gegenstand der klage nennt, werden alle consumirt, wo sie den einzelnen nennt, wird dieser consumirt, alle andern ansprüche bleiben klagbar.

nicht zu verkennen ist übrigens dafs Kellers neuster ausspruch über die bei klagen mit einer formula incerta eintretende consumption mit der hier vertheidigten theorie gewissermafsen übereinzustimmen scheint[11]).

> von jeher konnte über jede klagsache nur ein mal lege agi, dann nur ein mal eine wirksame formula erlangt werden; .... nun kann aber aus einem rechtsgeschäfte oder ähnlichen rechtsgrunde eine mehrheit von klagbaren forderungen entstehen, und zwar mitunter so dafs dieselben nicht alle zu gleicher zeit zur reife gelangen. das macht bei certae actiones keine schwierigkeit, weil diese immer eine genau bestimmte concrete forderung, die in der intentio angegeben ist, begreifen .... bei den in-

[11]) Civ. Pr. § 41.

certis dagegen war dies nicht so möglich, weil die einzelnen forderungen hier nicht bezeichnet, sondern als gesammtfolge des in der demonstratio angegebenen klagegrundes zusammen gefafst wurden. § 7.

da aber Keller doch die früher aufgestellte meinung nicht widerruft, ja ausdrücklich auf den § 33 der Litis Contestation, der jene einheitslehre entwickelt, verweist, so bedingte die bedeutung des gegners eine widerlegung von meinungen, die er selber vielleicht längst aufgegeben.

betrachten wir nun wie die formel gefafst werden mufste, die nur den einzelnen anspruch aus der mehrzahl der aus einem geschäft erwachsenden als gegenstand der klage bezeichnete. wir haben gesehn dafs, wo bei dinglichen klagen das begründende recht dem umfange nach ein weiteres war als dessen man zur rechtfertigung des eingeklagten anspruchs bedurfte, man nur den theil des dinglichen rechts, der eben den eingeklagten anspruch begründet, in der formel berührte. eine ähnliche theilung des begründenden fordrungsrechts erschien zu gleichem zweck auch bei den klagen in personam angemessen, wo sie möglich war. habe ich 100 aus einem darlehn zu fordern und will jetzt nur 50 einklagen, so berufe ich mich in der intentio auch nur auf ein fordrungsrecht von 50; so reservire ich den anspruch auf die übrigen 50, nur durch die exceptio litis dividuae beschränkt[96]). solche zerlegung des dem eingeklagten anspruch zu grunde liegenden fordrungsrechts war nicht blofs bei den actiones certae möglich: ein fall in dem sie auch bei einer bonae fidei actio anwendung fand, ist schon vorher berührt worden. wenn ich zwei sklaven gekauft habe und jetzt nur auf übergabe des einen klagen will, beziehe ich mich in meiner klage nur auf den kauf eben dieses einen, und erhalte mir so die klage auf leistung des andern[97]). gewifs half man sich in allen ähnlichen fällen auf ähnliche weise.

[96]) Gajus IIII 122.

[97]) Gajus IIII 59.

§ 7. aber nicht alle fordrungsrechte lassen sich so leicht in gleichartige und den einzuklagenden ansprüchen entsprechende theile zerlegen. ein beispiel giebt Paulus fr. 17 § 4 commod.:

> duabus rebus commodatis recte de altera commodati agi posse Vivianus scripsit. quod ita videri verum si separatae sint Pomponius scripsit: nam eum qui carrucam puta vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus.

ebensowenig konnte man das aus dem kauf dem käufer erwachsende fordrungsrecht in einzelne obligationen, die eine auf mancipation, die andere auf tradition, eine dritte auf praestation des dolus u. s. w. zerlegen. konnte man hier den einzuklagenden anspruch nicht dadurch begrenzen, dafs man ihn an einen entsprechenden selbständigen theil des zu grunde liegenden fordrungsrechts anknüpfte, so mufste man ihn selber unmittelbar präcisiren, und dies geschah durch einen zusatz zur formel, eine praescription welche die res de qua agitur ohne bezug auf das begründende recht genau bezeichnet, z. b. »ea res agatur de fundo mancipando«. die res wird in der praescription durch das object auf das sie geht genügend bestimmt: denn die causa derselben, so wie die personen des berechtigten und des verpflichteten, erhellen aus den ordentlichen bestandtheilen der formel.

diese praescriptionen kamen häufig auch da zur anwendung, wo eine theilung der zu grunde liegenden obligation an sich nicht unmöglich gewesen wäre und wol zur genaueren bezeichnung der res de qua agitur hätte benutzt werden können. unzweifelhaft ist dafs, wo eine wiederkehrende leistung von je 100 stipulirt ist, auf jede einzelne terminalzahlung mit einer certi condictio geklagt werden kann. eine certi condictio aber war zu jeder zeit für kläger wie beklagten ein unbequemes rechtsmittel, das nur wo es das einzige zulässige war, oder wo kläger seines ganzen rechts völlig gewifs den beklagten für sein nichtzahlen strafen wollte, benutzt wurde. hier bedurfte man seiner nicht. die regel

ist dafs aus einer incerta stipulatio, und eine solche war § 7.
die auf wiederkehrende leistungen bezügliche, mit einer actio ex stipulatu geklagt wurde[88]). diese klage wurde auch zur beitreibung des einzelnen anspruchs angewandt; und um sie als klage nicht über alle ansprüche sondern nur über den einen einzuklagenden zu bezeichnen, versah man sie mit der praescription »ea res agatur cujus rei dies fuit«, die indem sie auf nur einen anspruch als gegenstand der klage hinweist alle andern ausschliefst und vor dem in judicium deduci bewahrt. konnte die klage hier vielleicht auch also gefafst werden: »quod Aulus Agerius de Numerio Negidio centum stipulatus est, quicquid ob eam rem et c.«? diese frage ist von Dernburg[89]) angeregt. wie er, verneine ich sie, ohne seiner begründung beizustimmen. dafs durch eine solche klage nichts in judicium deducirt werde, ist eine durch nichts begründete behauptung, und steht mit der entscheidung des von Gajus IIII 59 behandelten falles im widerspruch, da der anspruch auf den Eros offenbar in judicium deducirt wird. aber aus einer certa stipulatio, und eine solche würde durch die demonstratio »quod centum stipulatus est« bezeichnet, wird stets nur mit einer certi condictio geklagt[90]).

auf unsere praescription zu beziehn sind Ciceros worte de finib. II 3. (1)[91])

> oratio praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis, »ea res agatur«; ut inter quos disseritur conveniat quid sit id de quo disseretur.

die conjecturen, des Manutius »quae res agatur« und des Lambinus »qua de re agatur«, waren ganz gut so lange man von einer praescription »ea res agatur« nichts bestimmtes wufste: seit Gajus gefunden, scheinen sie unmöglich, da wir keine derartige mit einem relativum beginnende praescription kennen.

[88]) vergl. pr. I. de verb. obl.
[89]) Hereditatis Petitio § 3. n. 3.
[90]) fr. 24 de reb. cred. von Ulpian.
[91]) vergl. Keller Civ. Pr. n. 478 und die dort citirten.

§ 7. noch ein drittes mittel kommt in gewissen fällen zur anwendung den kläger vor weitergreifender consumption zu schützen. es kann sein dafs die absicht des klägers darauf geht sämmtliche aus einer obligation sich ergebende ansprüche auf einmal einzuklagen und kläger auch hierzu im allgemeinen berechtigt erscheint, dennoch aber das richterliche erkenntnifs, und zwar nicht wegen versehen des richters oder des klägers, die in der regel unberücksichtigt bleiben müssen, sämmtliche ansprüche zu begreifen nicht vermag. so bei der klage wider den socius, wenn dieser nur in quantum facere potest verurtheilt wird. hier will der kläger ersichtlich alles haben was jener ihm aus der societät schuldet, darum kann er die formel seiner klage nicht so beschränken dafs sie nur einen theil der ansprüche umfafst und in judicium deducirt, und darum consumirt hier die klage stets das ganze fordrungsrecht. wenn nun die condemnation wegen der augenblicklichen vermögenslage des beklagten dem umfang der consumption nicht entspricht, so wäre durch dies resultat weder die gesetzgeberische absicht erreicht, die nicht auf eine positive minderung der fordrung sondern nur darauf ging dem beklagten zeitweilig erleichterung zu schaffen, noch könnte man den dem kläger erwachsenden nachtheil durch die betrachtung zu rechtfertigen suchen, kläger brauche mit seiner klaganstellung ja nur zu warten bis beklagter völlig solvent sei; im gegentheil, es erscheint durchaus angemessen dem kläger für den nachtheil, der ihn in diesem fall wider die absicht des gesetzes und ohne eigene verschuldung trifft, ersatz zu schaffen. der zweck nun, den kläger für die klagenconsumption der in judicium deducirten aber nicht in der condemnation begriffenen ansprüche zu entschädigen, wird durch die herstellung einer neuen auf eben diese ansprüche bezüglichen obligation erreicht. darum zwingt der richter den beklagten zu promittiren, was die condemnation nicht mitbegreift[32]).

[32]) fr. 63 § 4. pro socio von Ulpian und fr. 47 § 2 de peculio von Paulus.

ein ähnliches verhältnifs zwischen dem umfange der consumption und dem umfange der condemnation kann auch dort eintreten, wo aus einem contract der den schuldner zur evictionsleistung verpflichtet auf praestation des geschuldeten objects geklagt wird. hier klagt der berechtigte auf volle leistung, auf übertragung des eigenthums oder doch des ungestörten besitzes. leistet nun der beklagte, d. h. tradirt er die betreffende sache, so ist er der regel nach zu absolviren. ob aber diese leistung eine genügende war oder nicht, ob sie wirklich eigenthum oder ein habere licere verschafft hat, das wird in den meisten fällen nicht eher zu erkennen sein bevor der empfänger usucapirt hat, oder bis ein dritter evincent durchdringt. die verpflichtung des auctor ist hier anerkannt: aber mit welcher klage ist sie zu realisiren? jene erste klage, die auf erfüllung aller ansprüche aus dem betreffenden rechtsgeschäft gerichtet war, hat die klagbarkeit aller dieser ansprüche consumirt. daher mufs schon der erste richter diese möglichkeit in das auge fassen und dem kläger für den fall der eviction eine neue klage beschaffen. dies geschieht auch hier mittels einer stipulation. so sagt Pomponius allgemein im fr. 5 pr. de verb. obl. § 7.

duplae stipulatio venit ab judice aut ab aedilis edicto.

man vergleiche fr. 71 § 1 de leg. I von Ulpian.

de evictione an cavere debeat is qui servum praestat ex causa legati videamus; et regulariter dicendum est, quoties sine judicio praestita res legata evincitur, posse eam ex testamento peti; ceterum si judicio petita est, officio judicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio.

eine stelle die auch darum interessant ist, weil, wenn sie nicht sehr geschickt durch interpolation geändert ist, sie beweist dafs Ulpian die klage auf das legat den judicia absolutoria zuzählt. ähnlich ist auch der im fr. 16 pr. de her. pet. von Ulpian referirte fall. die hereditatis petitio umfafst bekanntlich die in der erbschaft enthaltenen fordrun-

§ 7. gen[33]), und wo sie angestrengt wurde trat daher auch die consumption der auf jene fordrungen bezüglichen specialklagen ein[34]). war nun zu der zeit wo die hereditatis petitio angestellt wurde eine und die andre fordrung noch nicht fällig, so konnten diese in die condemnation nicht miteinbegriffen werden, ohne dafs hierdurch der eintritt der consumption gehemmt worden wäre. im allgemeinen wäre es wol nicht unmöglich gewesen durch eine entsprechende praescription den betreffenden noch nicht fälligen anspruch aus dem umfange der erbschaftsklage auszuscheiden und so die specialklage für die zeit der fälligkeit des anspruchs auf den sie sich bezog zu reserviren: sobald man aber nach des Octavenus vorgange sich dahin geeinigt hatte in die condemnation der hereditatis petitio jeden anspruch zu begreifen der bis zum augenblick der gesprochenen sentenz fällig würde, erschien solche praescription ein ungeschicktes mittel, da sie das zwischen der litis contestation und dem erkenntnifs eintretende fälligwerden einzelner ansprüche zu nutzen verhindert und stets die spätere anstellung einer specialklage bedingt hätte. darum klagte man auch hier auf die ganze erbschaft, unbekümmert dafs so die consumption stets sämmtliche erbansprüche umfassen mufste, wenn auch die condemnation unter den gedachten voraussetzungen nur geringeres umfangs sein konnte. für die consumirte klage wurde, wo die condemnation nicht anderen ersatz bot, durch judiciale stipulation dem kläger ein neues rechtsmittel geschafft.

auch die nach durchgeführtem judicium familiae erciscundae oder communi dividundo den parteien von dem richter aufzuerlegenden cautionen de evictione[35]) sind ähnlich zu erklären, da die einmal angestellte theilungsklage nicht wiederholt werden darf.

[33]) fr. 13 § 15 de her. pet. von Ulpian fr. 14 eod. von Paulus.

[34]) fr. 7 § 5 de exc. r. jud. von Ulpian; vergleiche unten § 18.

[35]) fr. 25 § 2 fam. erc. und fr. 10 § 2 comm. div. beide von Paulus.

wo eine mancipation des geschuldeten gegenstands erfolgte, bedurfte es wegen der durch diese begründeten actio auctoritatis keiner stipulation über evictionsleistung. so sagt Varro[36]) von dem sklavenkauf: § 7.

> solet intercedere stipulatio »sanum eum esse furtis noxisque solutum«, aut, si mancipio non datur, dupla promitti, aut si ita pacti simpla.

auch erwähnt er bei dem kauf mancipationsfähiger thiere einer regelmäfsigen stipulatio »habere licere« nicht.

welches von den drei hier betrachteten mitteln im einzelnen fall zur anwendung kommt den umfang der consumption zu beschränken oder aber ihre wirkung aufzuheben, scheint wesentlich durch die beschaffenheit des falls bedingt zu werden. soll nur einer von mehren aus einem schuldverhältnisse fliefsenden ansprüchen eingeklagt werden, so ist in der formel nur dieser eine anspruch als gegenstand der klage zu bezeichnen, und dies geschieht entweder durch eine entsprechende theilung des in der intentio aufzuführenden fordrungsrechts, so wenn die certa intentio nicht das ganze fordrungsrecht begreift, oder wenn bei der incerta formula die demonstratio nur auf einen theil des zu grunde liegenden rechtsgeschäfts hinweist; oder, wo eine entsprechende theilung der zu grunde liegenden obligation unmöglich oder doch überwiegend unbequem ist, dadurch dafs eine praescription ausdrücklich von allen aus jener obligation fliefsenden ansprüchen denjenigen hervorhebt, der als gegenstand der klage, als res de qua agitur, gelten solle. anders wenn der kläger zunächst auf vollständige und unmittelbare erfüllung aller ihm aus demselben rechtsgeschäft zuständigen ansprüche klagen will, und hierzu befugt und berechtigt ist. verspricht dennoch das erkenntnifs dem kläger nicht volle oder nicht sichere befriedigung, so mufs, da die klagbarkeit aller ansprüche consumirt ist, die vom richter herbeizuführende stipulation die nöthige hülfe

[36]) de re rust. II 10.

§ 7. gewähren. es liegt hiernach auf der hand dafs vielleicht die beiden erstgenannten mittel neben einander in einem und demselben falle anwendbar sein können, dafs aber, wo der kläger sich durch scharfe formelfassung hätte sichern sollen, ihm nicht durch die stipulatio judicialis zu helfen ist, und dafs umgekehrt, wo diese zu regelmäfsiger anwendung kommt, keine begrenzung des eingeklagten anspruchs in der formel angemessen erscheint. daher mufs ich den schon in meiner inauguraldissertation[37]) ausgesprochenen widerspruch wider die von Keller[38]) angenommene praescription »ea res agatur de vacua fundi possessione tradenda« hier wiederholen; wogegen die annahme einer durch praescription begrenzten formel bei den in fr. 41 de judiciis von Papinian erwähnten klagen auf cautionsleistung, so wie bei der actio empti, mit der eben nur die stipulatio duplae erzwungen werden soll[39]), unbedenklich erscheint.

bei einer formula in factum concepta konnte, wenn anders die begründende obligation eine theilung zuliefs, der der klage auf den einzelnen anspruch entsprechende theil dieser obligation leicht und präcise in der intentio bezeichnet werden. habe ich z. b. zwei sklaven gekauft und will jetzt nur auf einen klagen, so bilde ich die formel »si paret .... Stichum emisse, eumque ... traditum non esse, quanti ea res erit ...«, und bin nun wider ein übergreifen der consumption ebensogut gesichert wie durch die entsprechende formula in jus concepta, in deren demonstratio nur des kaufs des Stichus gedacht wäre. vielleicht war es möglich auch den gebrauch der praescription bisweilen durch geschickte an die thatsachen anschliefsende formelbildung zu ersetzen; ob dies aber je geschehn, dürfte aus unsern quellen jetzt nicht zu entscheiden sein.

fraglich ist auch wie einer über den umfang der con-

[37]) de evictione citra stipulationem praestanda p. 107.

[38]) Lit. Cont. s. 528; Civ. Pr. § 41.

[39]) fr. 2 de evict. von Paulus, fr. 37 eod. von Ulpian.

demnation hinausreichenden klagenconsumption bei der actio de peculio vorgebeugt wurde. wir wissen dafs der gewalthaber regelmäfsig nicht zu mehr verurtheilt werden konnte als wieviel nach den gesetzlichen abzügen im peculium zur zeit der verurtheilung sich befand. nehmen wir nun mit Keller an, der richter werde in der formel der actio de peculio angewiesen die schuld des in der gewalt befindlichen in ihrem ganzen umfange zu prüfen, den gewalthaber aber nur zum belauf des peculium zu condemniren, so müssen wir auch weiter ihm darin beipflichten dafs durch eine actio de peculio die ganze fordrung, nicht blos bis zum betrage des peculium, hätte klaglos werden müssen. dieser annahme aber widerstreitet dafs die actio de peculio wiederholt wider den gewalthaber angestellt werden kann, wenn sich der umfang des peculium nach der ersten verurtheilung mehrt, wie dies aus fr. 30 § 4 de peculio von Ulpian und fr. 47 § 2 eod. von Paulus unzweifelhaft sich ergiebt, und dafs, nachdem wider den vater bereits geklagt ist, noch wider den sohn auf »quod minus a patre actor consecutus est« geklagt werden kann, nach fr. 32 § 3 de usuris von Marcian. Keller berücksichtigt diese letztgenannte stelle nicht, bei den andern beiden scheint er[40]) an eine restitution der klage zu denken. diese dürfte aber nicht anzunehmen sein; denn die restitution als aufserordentliches rechtsmittel kann überall nur da eintreten wo die ordentlichen mittel nicht ausreichen. wenn aber der richter bei der ersten klage, analog den früher betrachteten fällen, dem nur in den belauf des die ganze schuldsumme nicht erreichenden peculiums verurtheilten gewalthaber eine cautio de futuro incremento peculii auferlegt hätte, so wäre hiermit in durchaus angemessener weise für die sicherheit des klägers gesorgt gewesen, und er hätte keiner restitution bedurft. dennoch erklärt Paulus in der citirten stelle das auferlegen einer solchen caution für unangebracht: § 7.

[40]) Lit. Cont. s. 559.

§ 7. locum esse non placuit... hoc enim in pro socio actione locum habet quia socius universum debet,

offenbar nicht weil, was durch das ordentliche rechtsmittel der cautionen erreicht werden könnte, durch die aufserordentliche restitution zu erreichen sei, sondern weil von haus aus die consumption hier, im gegensatz zu der pro socio actio, den umfang der condemnation nicht übersteigt und es hier also zur sicherung des klägers gar keiner caution, und noch viel weniger einer restitution, bedarf. zu berücksichtigen ist auch fr. 1 § 10 quando de pec. a. a. von Ulpian:

> quaesitum est apud Labeonem, si, cum filius viveret, tu credens eum mortuum annali actione egeris, et, quia annus praeterierat, exceptione sis repulsus, an rursus experiri tibi, comperto errore, permittendum est? et ait permitti debere duntaxat de peculio, non etiam de in rem verso: nam priore judicio de in rem verso recte actum est, quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem versum, pertinet.

auch hier findet die actio de peculio zweimal nach einander statt, doch ist an eine restitution darum nicht zu denken, weil sonst auch die actio de in rem verso von neuem zulässig sein müfste.

daher, mufs man gleich Kellers auffassung der actio de peculio wie der andern sogenannten actiones adjecticiae qualitatis im allgemeinen beistimmen[41]), so wird man doch nicht annehmen dürfen dafs die formel der peculienklage von Keller völlig richtig entwickelt worden sei[42]). durch die von ihm aufgestellte formel würde nothwendig die ganze fordrung, ohne rücksicht auf den umfang des peculium, in jus deducirt und consumirt werden, und dies war, wie wir gesehn,

---

[41]) vergl. übrigens § 13.

[42]) Lit. Cont. § 50; comm. ad l. 32 de pec. p. 59. s.; vergl. Civ. Pr. § 39.

nicht der fall[43]). formeln, die uns dem wortlaute nach nicht § 7.
erhalten sind, aus dem wesen des rechtsverhältnisses auf dem sie beruhen nach analogie überlieferter formeln zu construiren ist überall ein gefährliches unterfangen, und ich bekenne mich gern aufser stande eine formel der actio de peculio zu bilden, an der nicht mehr noch als an der von Keller entworfenen auszusetzen sein möchte. eins aber scheint aus dem vorigen sicher geschlossen werden zu können. der richter mufs in der formel ausdrücklich angewiesen worden sein nur diejenigen ansprüche zu prüfen, die nach dem umfange des peculium wider den vater verfolgt werden könnten. dies kann in verschiedener weise geschehn sein: entweder so dafs die intentio überhaupt nur auf diese ansprüche sich bezog, oder mittels einer praescription, vielleicht noch in anderer art. sehe ich recht, so haben wir einige andeutungen davon, dafs der regel nach die intentio der peculienklage ansprüche an den gewalthaber nur in dem maafse behauptete, in welchem sie im umfange des peculium enthalten waren. Ulpian[44]) sagt:

> quaesitum est an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei judicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri ajunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quae sententia et a nobis probanda est.

wäre die actio de peculio wie Keller sie fafst formulirt worden, so konnte jene frage gar nicht aufgeworfen werden. die bedingung der condemnatio »si quid filium Aulo Agerio dare facere oportet« war im augenblick der litis contestation so gut wie im augenblick der verurtheilung erfüllt, und auf das maafs der condemnatio, bezeichnet durch die worte »de peculio« oder »duntaxat de peculio«, konnte niemand füglich

[43]) ein andres bedenken hat angeregt Dernburg in der krit. Zeitschrift I s. 8.

[44]) fr. 30 pr. de peculio.

§ 7. vor der verurtheilung rücksicht nehmen wollen. zweifel über den zeitpunkt wann beklagter bei der actio in rem und der exhibitorischen klage den besitz gehabt haben müsse, entstanden auch nur darum weil der besitz, wenngleich in der intentio nicht genannt, zu den bedingungen der klage gehörte, und ohne den besitz des beklagten der klägerische anspruch unbegründet erschienen wäre. ganz anders wenn die intentio der peculienklage eine verhaftung des vaters auf soviel als eben im peculium behauptete. war nichts im peculium im augenblick der litis contestation, so schien solche intentio gleichfalls gar nichts zu umfassen, die klage also null und nichtig zu sein. aber gerade im gegensatz zu dieser strengeren meinung behaupteten die genannten juristen »recte intendi etiamsi nihil sit in peculio«, und diese neuere ansicht scheint erst zu Ulpians zeit zu allgemeiner anerkennung gelangt zu sein.

auch der andre ausspruch Ulpians [45]):

ut eos magis intentio quam perceptio liberet,

dürfte hierherzuziehn sein: denn der jurist scheint von einem falle zu handeln wo der kläger darum zu schaden kommt, weil die intentio seiner klage den umfang aller verfolgbaren ansprüche, soweit dieselbe im ganzen, zur zeit bei mehren erben befindlichen, peculium enthalten sind, umfafst, und somit diese ansprüche auch in eben diesem maafse in judicium deducirt und consumirt, der beklagte peculienbesitzer aber doch nicht zu mehr verurtheilt werden darf als aus dem peculium bei ihm sich befindet.

§ 8. Die exceptionen.

§ 8. Wir gelangen nun zu dem zweiten der vorher erwähnten fälle, wo die einfache nennung des den klägerischen anspruch, die res de qua agitur, begründenden rechts in der intentio zu scharfer fassung der formel nicht genügt.

[45]) fr. 32 pr. de peculio; vergleiche übrigens über diese stelle unten § 24.

das recht kann vorhanden sein, im allgemeinen zur begründung des eingeklagten anspruchs genügen, dennoch im speciellen falle dieser anspruch nicht auf das recht zu stützen sein. so begründet wol das eigenthum der regel nach den restitutionsanspruch wider den besitzer; aber hat der eigenthümer Agerius bereits einmal auf restitution geklagt wider den besitzenden Numerius, so hat er nun, trotz dem ihm bleibenden eigenthum, keinen weiteren rechtsbeständigen restitutionsanspruch wider Numerius. würde aber die condemnatio ausschliefslich an die bedingung geknüpft »si paret mensam Auli Agerii esse«, so müfste der richter den Numerius dennoch verurtheilen. hier war also jene einfachste formelfassung unanwendbar; der richter mufste durch einen zusatz ermächtigt werden unter gewissen umständen zu absolviren, auch wenn das behauptete recht des Agerius vorhanden sein sollte. die fassung dieses zusatzes ward durch die bedeutung desselben bestimmt. § 8.

wenn ein recht im allgemeinen die kraft hat einen bestimmten anspruch zu erzeugen, so mufs als regel gelten dafs, wo das recht vorhanden, auch der anspruch vorhanden, und dafs trotz dem vorhandenen rechte der anspruch nicht vollgültig sei, mufs als ausnahme betrachtet werden. darum wird in der formel der richter angewiesen zu verurtheilen, wenn erstlich das zu grunde liegende recht existirt, und wenn zweitens nicht eine solche ausnahme platz greift. so wenig aber wie der eingeklagte anspruch wird die ausnahme unmittelbar genannt; auch sie mufs eine gewisse rechtliche grundlage haben, die, wie das den klägerischen anspruch begründende recht, in der formel entweder selber genannt oder durch die thatsachen bezeichnet wird, denen sie ihre entstehung verdankt. wie also der richter in der einfachen formel nicht angewiesen wird zu prüfen ob die eingeklagte res gerichtlich anzuerkennen sei oder nicht, so zwingt ihn auch die fassung der exceptio nicht etwa darauf zu sehn ob überhaupt trotz dem vorhandensein des die res begrün-

§ 8. denden rechts die wirksamkeit der res ausnahmsweise gehemmt werde, sondern allein darauf, ob rechtliche elemente vorhanden seien, welche jene wirksamkeit der res zu verhindern vermögen. sofort leuchtet ein dafs diese mittelbare bezeichnung, wie wider die intentio eine exceptio, so nach umständen auch wider die exceptio eine replicatio, und, da auch diese nicht anders bezeichnet wird, wiederum wider dieselbe eine duplicatio, und so immer weiter, nöthig machen konnte.

ferner ergiebt sich aus der fassung der exceptio als zweiter bedingung der condemnatio unmittelbar, dafs, wie schon oben darauf hingewiesen ist, die consumption des eingeklagten anspruchs auch dann eintritt, wenn kläger wegen einer wirksamen exceptio abgewiesen wird. die in der formel enthaltene anweisung, den aus dem in der intentio behaupteten rechte abzuleitenden anspruch zu prüfen, wird offenbar dadurch weder aufgehoben noch beschränkt, dafs der richter zugleich angewiesen wird eine zweite untersuchung über jenem anspruche vielleicht entgegentretende rechtsverhältnisse anzustellen. die prüfung der frage »si convenit ne intra annum peteretur«, schliefst die der anderen frage »si quid dari oportet« keineswegs aus. es mufs also die eingeleitete actio, auch wenn eine exceptio in die formel aufnahme gefunden und vielleicht die freisprechung des beklagten herbeiführt, dennoch nicht minder als actio über die eingeklagte res angesehn werden, und, da nur eine actio über eine res statt finden darf, die klagbarkeit dieser res consumiren. auf welchem grunde die exceptio beruht, ist hier natürlich von keinem einflufs, eben so wenig ob die nutzbarkeit der exceptio zeitlichen beschränkungen unterliegt oder nicht. jede klage, gleichviel ob, und gleichviel welche exceptio entgegensteht, consumirt die betreffende res [1]).

[1]) vergl. z. b. Gajus IIII 123, 124; fr. 59 pr. ad S. C. Trebell. von Paulus: »... quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem.«

im gegensatz hierzu aber ist zu erwähnen dafs, wenn § 8.
der richter in der formel ausdrücklich angewiesen wird aus einem rechte fliefsende ansprüche nur in dem falle zu prüfen dafs eine gewisse bedingung erfüllt sei, bei nicht erfüllter bedingung keine prüfung jener ansprüche und mithin auch keine consumption statt findet. so bei der von Gajus [2]) erwähnten praescriptio:

ea res agatur si in ea re praejudicium hereditati non fiat.

schon die fassung dieser worte ergiebt dafs »si praejudicium hereditati fiat, res non agatur«. die res aber, quae non agitur, kann nicht consumirt werden, da eben nur die actio de re consumirende wirkung übt. so klar dies scheint und so richtig dieser satz von vielen juristen erkannt worden [3]), ist er doch nicht unbestritten. Planck [4]) meint, es sei nirgends gesagt dafs bei so formulirter klage eine ausnahme des grundsatzes der processualischen consumption eintrete. da hier dieser grundsatz gar nicht zur anwendung kommen konnte, so mochte füglich auch eine ausnahme desselben nicht wol eintreten. wer übrigens die angeführte fassung der praescription nicht als genügendes zeugnifs dafür ansehn sollte, dafs hier jener stets das vorhandensein einer actio voraussetzende grundsatz immer ausgeschlossen bleiben mufste, der dürfte wohl daran thun die praktischen consequenzen der Planckschen ansicht in das auge zu fassen. der beklagte, der, von einem erben wegen eines angeblich ererbten anspruchs mit einer singularklage verfolgt, selber erbe zu sein behauptet, wird stets auf die praescription »quod praejudicium hereditati fiat« anspruch haben. der judex, der über die singularklage mit dieser praescription zu entscheiden hat, soll gewifs nicht prüfen ob des beklagten erbansprüche begründet sind; denn der zweck

[2]) IIII 133.

[3]) s. z. b. Savigny System V § 227. Puchta Inst. II § 171. Dernburg Her. Pet. § 5.

[4]) Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht § 2; vergl. auch Keller Civ. Pr. § 43.

§ 8. der praescription ist ja anerkanntermafsen, dafs nicht in diesem rechtstreit über das erbrecht entschieden werden solle. der judex wird also den kläger abweisen müssen, wenn nur irgend eine möglichkeit vorhanden ist dafs beklagter erbrecht haben könnte: und was wäre der erfolg dieser abweisung nach Plancks ansicht? consumirt wäre zunächst der eingeklagte anspruch, nun lehrt aber Ulpian [5]):

> si singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur;

und:

> si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat . . . et hic obstabit exceptio;

also wenn die angestellte klage als wirkliche klage über den betreffenden anspruch gilt, so wäre nicht allein der eingeklagte sondern jeglicher anspruch aus der erbschaft, der mit der hereditatis petitio verfolgt werden könnte, consumirt, und der kläger absolut klaglos geworden. daher scheint es, wollte man sicher gehn, so mufste man, sobald man eine ererbte sache oder fordrung einklagen wollte, überall die hereditatis petitio anstellen, da bei jeglicher singularklage beklagter eignes erbrecht behaupten und durch diese behauptung und die genannte praescriptio jedes klagrecht zerstören konnte. aber auch die anstellung der hereditatis petitio war nicht ohne gefahr. sie durfte der regel nach nur wider den pro herede oder den pro possessore possidens statt finden [6]), und consumirte angestellt jede singularklage [7]) ebenso wie sie durch jene consumirt wurde. sonach wäre also vielfach dem erben wider einen chicanösen beklagten gar nicht zu helfen gewesen: wider eine singularklage hätte sich dieser auf angebliches erbrecht, wider die erbschaftsklage auf irgend einen scheinbaren titel berufen; beide male müfste kläger abgewiesen

---

[5]) fr. 7 § 4 § 5 de exc. rei jud.
[6]) fr. 9, fr. 11 de her. pet. von Ulpian.
[7]) fr. 7 § 4 § 5 de exc. rei jud.

werden, und jeder anspruch aus der erbschaft wider diesen beklagten wäre consumirt. § 8.

doch ist ein andres von Planck angeregtes bedenken nicht zu übergehn. wir wissen aus Gajus [8]) dafs die praescriptio »ne praejudicium hereditati fiat« in späterer zeit als exceptio formulirt wurde. wirkte die klage der eine solche exceptio entgegentrat consumirend? nach der allgemeinen regel über exceptionen müfsten wir diese frage bejahn, und beharren wir dann doch zugleich bei der annahme dafs die ältere praescriptio die consumption ausgeschlossen habe, so nehmen wir entweder ein absichtliches [9]) oder ein unabsichtliches [10]) fortschreiten des rechts von der milde zur strenge an. beides scheint dem entwicklungsgange Römisches rechtsbewufstseins wenig zu entsprechen. ich glaube daher dafs wir der exceptio »ne praejudicium fiat« im späteren rechte dieselbe wirksamkeit zuschreiben müssen, die früher die gleiche praescriptio besafs [11]). freilich widerstreitet diese annahme einer streng formalen auffassung, aber wir wissen auch dafs jene streng förmliche ältere auffassung schon vor Gajus zeit vielfach aufgegeben war, wie denn z. b. seit dem edictum perpetuum peremptorische einreden berücksichtigt wurden, auch wenn der beklagte sie nicht schon bei der formelbildung vorgebracht hatte [12]). vielleicht läfst sich für die hier vertheidigte meinung auch c. 5 de pignoribus von Antonin anführen; wenigstens scheint aus ihr hervorzugehn dafs die dort erwähnte praescription, die formell eine exception war, keine consumption der durch sie vereitelten klage herbeiführte.

die aussprüche der Römischen juristen stimmen überein mit dem was wir zunächst aus der formellen gestaltung der exceptionen über das wesen derselben geschlossen haben.

[8]) IIII 133.
[9]) so Puchta Inst. II § 171.
[10]) so Dernburg Hered. Pet. § 5.
[11]) vergl. auch Savigny System V § 226—27.
[12]) c. 2 sent. resc. n. p. von Diocletian und Maximian.

§ 8. Gajus scheint bei den worten, die seine darstellung der exceptionen einleiten[13]), specielle fälle im auge zu haben und nicht eben den begriff »exceptio« allgemein bestimmen zu wollen:

> comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. saepe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari.

doch ist auch hieraus der charakter der exceptionen deutlich zu erkennen. trotz dem »jure civili teneri«: d. h. trotz dem von dem kläger in der intentio behaupteten fordrungsrechte, soll dennoch die condemnatio nicht gerechtfertigt, also kein anspruch keine res vorhanden sein, derentwegen beklagter dem kläger zu verurtheilen wäre. sehr umfassend klingt der ausspruch des Paulus[14]):

> exceptio est condicio quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem,

da gewöhnlich unter exceptionen nur diejenigen zweiten bedingungen der klage verstanden werden, die die verurtheilung gänzlich ausschliefsen[15]). wichtiger scheint daher ein fragment von Ulpian[16]):

> exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.

die kritischen schwierigkeiten der stelle lasse ich unberührt, da für den sinn derselben es wenig ausmacht ob wir »opponi«, oder »interponi«, oder »interea opponi«, und wieder »cludendum« oder »excludendum« oder »eludendum« lesen. aus allen lesarten ergiebt sich dafs die exceptio den zweck hat auszuschliefsen »quod in intentionem condemnationemve deductum est«. dieser ausdruck hat in seiner scheinbaren unbestimmtheit

---

[13]) IIII 116.

[14]) fr. 22 pr. de except.

[15]) vergl. Keller Civ. Pr. § 36.

[16]) fr. 2 pr. de except.

etwas auffälliges. aber was in intentionem condemnationemve deductum est kann doch wol nicht anderes sein, als was auch in judicium deducitur, die res in judicium deducta. da aber, wie wir vorhin gesehn, diese res, der eingeklagte anspruch, in der formel keinen regelmäfsigen ausdruck fand, sondern gewissermafsen schwebte zwischen der intentio und der condemnatio, so erscheint gerade jener ausdruck Ulpians durchaus zutreffend, und in dem ganzen ausspruche deutlich gesagt zu sein dafs die exceptio nur dem eingeklagten anspruch entgegentrete, übrigens was jenen anspruch begründe nicht anfechte. hieran schliefsen sich die worte von Marcellus[17]: §8.

non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur.

also wenngleich die exceptio an und für sich das in der intentio behauptete recht nicht bestreitet, sondern nur dem anspruch der aus jenem recht hergeleitet werden soll entgegentritt, so darf darum dennoch nicht angenommen werden dafs, wer auf eine exceptio sich beruft, jenes behauptete recht dem kläger zugestehe.

noch ist die frage zu erörtern, auf welchem rechtlichen fundamente die exceptionen beruhen. Savigny[18] nimmt an dafs, was das recht des klägers, dessen dasein vorausgesetzt, in seiner klagwirkung hemme, stets ein entgegenstehendes recht des beklagten sei, und glaubt daher jede exceptio auf selbständiges recht des beklagten zurückführen, und gerade hiernach die vertheidigung per exceptionem wider die andern vertheidigungsarten abgrenzen zu müssen. diese annahme läfst sich vielleicht mit einigem schein für das neuste Römische recht vertheidigen[19], obgleich auch hier ich sie nicht

[17]) fr. 9 de except.

[18]) System V § 225 folg.

[19]) auf ein recht des beklagten führen auch Puchta, Pandekten § 93, und Arndts, Pandekten § 101, die exceptionen zurück. allerdings wird im heutigen recht die zahl der exceptionen die solchem verfahren widerstreben sehr gering sein.

§ 8. für völlig gerechtfertigt halten möchte, im classischen Römischen recht aber darf man die negative vertheidigung des beklagten, absolute und relative verneinung nach Savigny, den exceptionen nicht in der art entgegensetzen, dafs jene nie, diese stets auf einem selbständigen rechte des beklagten beruhten.

darüber zunächst ist kein streit, dafs nicht jede vertheidigung des beklagten, die sich auf ein selbständiges recht gründet, in der form einer exceptio geltend gemacht wurde. beruft sich der beklagte auf sein eigenthum, so stützt sich diese vertheidigung gewifs immer auf ein selbständiges recht; aber nur wider die Publiciana actio, nicht wider die vindicatio erhält der beklagte die exceptio dominii. ferner ist nicht zu sehn warum nicht acceptilatio und zahlung ebensogut ein selbständiges recht des beklagten zu erzeugen vermögen sollten wie pactum de non petendo und eid; und doch ist es zweifellos dafs diese handlungen eine exceptio begründen, jene die directe abweisung des klägers motiviren.

ich behaupte aber auch dafs bei vielen exceptionen gar nicht ein selbständiges recht des beklagten sich nachweisen läfst. z. b. Agerius stipulirt sine causa und klagt; hier schützt den Numerius die exceptio doli[**]). aber auf welches selbständige recht des Numerius können wir diese exception zurückführen? Ulpian, bei rechtfertigung der einrede, beschäftigt sich gar nicht mit der person des beklagten sondern nur mit dem kläger:

> licet enim eo tempore quo stipulabatur nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum cum litem contestatur dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere.

ähnlich auch bei folgenden beispielen. Numerius, zur herausgabe des vindicirten sklaven verurtheilt, verspricht eine strafe wenn er binnen bestimmter frist nicht tradire. nun vindicirt Agerius und klagt zugleich die strafe ein. Labeo giebt dem

[**]) fr. 2 § 3 de doli m. exc. von Ulpian.

Numerius die exceptio doli [21]), aber ein selbständiges recht § 8.
des Numerius ist schwer zu entdecken. läfst sich mein procurator aus arglist verurtheilen, so habe ich wider die actio judicati die exceptio doli [22]), der auch kein besonderes mir zuständiges recht zur grundlage zu dienen scheint.

den einwurf, in den angeführten fällen bestehe das selbständige recht des beklagten eben darin dafs er sich wider die angestrengte klage excipiendo schützen könne, habe ich wol nicht zu erwarten: denn diese behauptung wäre eine petitio principii, und mit gleichem fuge könnte man alle fälle der sogenannten relativen verneinung ebenso aus entgegenstehendem recht des beklagten ableiten, und dies recht eventuell dahin bestimmen, dafs es eben nur darin sich äufsere eine negation der betreffenden klage zu begründen.

können nun beide behauptungen, dafs die auf selbständigem rechte beruhende vertheidigung des beklagten häufig nicht mittels einer exception durchgeführt werde, und dafs andererseits nicht alle exceptionen auf ein wirksames recht des beklagten zu stützen seien, als erwiesen betrachtet werden, so wird man nicht bei Savignys annahme beharren mögen, dafs das vorhandensein eines selbständigen rechts des beklagten für die vertheidigung per exceptionem mafsgebend sei. man wird zugeben müssen dafs gewöhnlich freilich die exceptionen auf eigenem recht des beklagten beruhn, in vielen fällen aber auch aus der beschaffenheit des klägerischen rechts selber herzuleiten sind. um zu wissen ob im einzelnen falle eine exception der formel einzufügen sei, wird man also nicht darauf zu sehn haben, auf welches fundament die behauptung durch die der beklagte sich zu schützen gedenkt gegründet sei, sondern nur in welchem verhältnifs dieselbe zu dem von dem kläger behaupteten rechte stehe. überall wo der beklagte das vorhandensein des den klägerischen anspruch

[21]) fr. 4 § 7 de doli m. exc. von Ulpian.
[22]) fr. 9 de doli m. exc. von Paulus.

§ 8. begründenden rechts leugnet, entweder weil kläger nie ein solches recht gehabt oder weil dasselbe erloschen, gleichviel übrigens ob von dem nichtentstehen oder von dem erlöschen des klägerischen rechts ein recht des beklagten oder irgend etwas andres ursach ist, in all diesen fällen bedarf der beklagte zu seiner vertheidigung keiner exception; so wo zahlung oder acceptilatio die klägerische fordrung getilgt haben, oder wo eigenthum des beklagten das gleiche recht des klägers ausschliefst. umgekehrt, wo beklagter ohne das begründende recht anzufechten nur den aus jenem rechte abgeleiteten eingeklagten anspruch bestreitet, sei es weil das klägerische recht im speciellen falle der kraft ermangelt den verfolgten anspruch zu stützen, wie in den oben angeführten fällen wirksamer exceptio doli, sei es weil irgend ein dem beklagten gebührendes recht, z. b. das eigenthum, dem recht des bonae fidei besitzers entgegensteht, in diesen fällen ist die formel mit einer angemessenen exceptio zu versehn.

§ 9. Die litis contestation als anfang der actio.

§ 9. Bei betrachtung der actio und ihres verhältnisses zur res de qua agitur ist bisher auf die zeitliche ausdehnung des processes keine rücksicht genommen worden. da aber jeder procefs eine gewisse dauer hat und aus einer reihe aufeinander folgender handlungen besteht, so sehn wir uns veranlafst zu prüfen wie weit der einzelne procefs durchgeführt sein müsse um als actio de aliqua re zu gelten; denn unsere regel, die die zweite actio de eadem re ausschliefst, kann nicht früher anwendung finden bis eine actio de ea re wirklich als vorhanden anzunehmen ist. es möchte scheinen dafs die untersuchung der frage, mit welchem procefsabschnitte die actio existent werde, auch insofern von wichtigkeit sei, als der zweite procefs de eadem re nur soweit verfolgt werden dürfte bis er als actio über eben diese res gelten müsse. ob dies also, würde auf jeden fall erst bei betrachtung der

wirkungen unserer regel nicht schon hier bei erforschung der § 9.
bedingungen ihrer wirksamkeit genauer zu erörtern sein; indessen ist leicht wahrzunehmen, dafs der zweite proceſs de eadem re nur unter der voraussetzung nie über den abschnitt, der den beginn der eigentlichen actio bezeichnet, fortgeführt werden dürfte, dafs schon vor diesem abschnitte die identität der res auf welche sich diese klage bezieht mit der res einer früheren actio stets zweifellos zu erweisen wäre. sollte sich ergeben dafs nach Römischer auffassung eine actio de aliqua re als vorhanden angenommen würde bevor noch der umfang dieser res, und eventuell ihr verhältnifs zu der res über die mit einer früheren klage verhandelt worden, festgestellt wäre, so würde hieraus folgen dafs unsere regel nicht immer die existenz der zweiten klage auszuschliefsen vermöchte, sondern oft nur die wirksamkeit derselben zu hemmen sich bescheiden müfste.

die beantwortung der frage, mit welcher processualischen handlung unsere regel in kraft trete, und von welchem zeitpunkt an also jede zweite klage de eadem re ausgeschlossen sei, weil eben eine actio de ea re als vorhanden angesehn werden müsse, unterliegt keinen schwierigkeiten. von der mit der litis contestation eintretenden consumption der eingeklagten res berichtet uns Gajus [1]); und auch in andern quellen unserer kenntnifs des Römischen rechts, namentlich in der Justinianischen sammlung, finden sich viele und unzweideutige spuren, dafs nach classischem recht, sobald über eine res lis contestirt war, keine zweite klage de eadem re durchgeführt werden konnte. da der satz selber unbestreitbar und unbestritten ist, scheint es unnöthig die einzelnen von andern aufgefundenen beweisstellen hier aufzuführen [2]).

auch die weitere frage, warum die litis contestation als anfangspunkt der eigentlichen actio betrachtet worden sei,

[1]) III 180, 181.

[2]) vergl. übrigens Kellers Lit. Cont. § 7 folg.

§ 9. kann nach den trefflichen ausführungen Kellers [3]) über das wesen der litis contestation als gelöst betrachtet werden. die litis contestation beschliefst das verfahren in jure; sie bezeichnet den zeitpunkt in welchem die res de qua agitur genau begrenzt und bezeichnet und die bedingungen bestimmt werden, von denen das richterliche erkenntnifs abhängig sein soll. bis zur litis contestation steht es noch im belieben der parteien wie viel oder wie wenig die klage begreifen soll: aber mit der litis contestation ist die feste form gegeben in der diese ansprüche der richterlichen cognition unterliegen müssen. natürlich war es dafs man eine actio nicht früher als vorhanden annehmen mochte bevor der umfang der angebrachten klaganträge, und ob dieselben zur veranlassung gerichtliches verfahrens geeignet seien, feststand. sobald dagegen die klage in allen bedingungen bestimmt, und der richter angewiesen war über dieselbe zu erkennen, mufste man das dasein einer actio annehmen.

obgleich durch diese betrachtung die auffassung der litis contestation als anfangspunktes der eigentlichen actio genügend gerechtfertigt erscheint, dürfte dennoch ein näheres eingehn auf einen andern versuch den nichteintritt der consumption

---

[3]) Lit. Cont. buch I und b. II abschn. 1; und Civ. Pr. § 59 folg. Kellers ansichten sind von den hier vorgetragenen dadurch verschieden, dafs er der litis contestation eine selbständig consumirende wirkung zuschreibt, während ich den eintritt der consumption nur darum an die litis contestation knüpfe, weil sie den anfang der eigentlichen klage bezeichnet, und diese die klagbarkeit der res consumirt. so bedeutend dieser unterschied ist, so bedingt er doch keine völlig verschiedne auffassung des wesens der litis contestation, da die von Keller behauptete consumirende wirkung nicht nothwendige folge des angenommenen in der litis contestation enthaltenen quasicontracts ist. Keller selber nimmt für die in factum concipirten klagen und für die judicia quae imperio continentur keine von der bei andern klagen statt findenden wesentlich verschiedene litis contestation an; und doch ist es gewifs dafs bei diesen klagen die litis contestatio selbständig den eingeklagten anspruch zu consumiren nicht vermag.

vor der litis contestation zu begründen, nicht ganz über- § 9.
flüssig sein.

es lassen sich im gange eines Römischen processes drei abschnitte unterscheiden: die erste einleitung des verfahrens, die wesentlich nur den zweck hat den beklagten vor den magistrat zu bringen; das verfahren in jure, das die litis contestation beschliefst; und die verhandlung in judicio, die in der regel durch das urtheil zu ende geführt wird. man möchte meinen, jene erste einleitung des processes habe ohne bezug auf einen speciellen anspruch nur im allgemeinen den zweck verfolgt den beklagten vor den praetor zu schaffen; erst hier »in jure« sei dann nach des klägers gutbefinden das verfahren an eine bestimmte res de qua agatur angeknüpft worden. darum habe die einleitung des verfahrens nie als actio über eine gewisse res gelten können, und sobald man sich in jure über den einzuklagenden anspruch geeiniget habe, sei eben die litis contestation erfolgt. dieser meinung mag zugegeben werden dafs, wie schon erst angedeutet, eine völlig scharfe bestimmung und begrenzung der eingeklagten res erst durch die litis contestation bewirkt wurde: aber dafs überhaupt die erste einleitung des verfahrens in keiner directen beziehung zu einer bestimmten res gestanden habe, ist schwerlich anzunehmen.

die älteste form den beklagten vor den praetor zu laden, war die in jus vocatio, die übrigens auch noch unter den ersten kaisern nicht selten zur anwendung gekommen sein mufs[4]). wer nun mit Keller[5]), und wol mit der mehrzahl der jetzigen juristen[6]), annimmt dafs bei der in jus vocatio kläger von altersher zur gleichzeitigen bezeichnung

[4]) vergl. Hartmanns Römisches Contumacialverfahren anhang I; übrigens liefse sich die dort gegebene zusammenstellung auf die in jus vocatio der späteren zeit bezüglicher stellen leicht noch vermehren.

[5]) Civ. Pr. § 47 n. 564.

[6]) vergl. z. b. Asverus Denuntiation § 14, und Dernburg Emtio bonorum § 5, denen jene annahme zweifellos erscheint.

§ 9. seines anspruchs nicht verbunden gewesen sei, diese vielmehr erst in jure habe erfolgen müssen, der wird einen directen zusammenhang der in jus vocatio mit der einzuklagenden res nicht wohl voraussetzen können, vielmehr der ansicht sein dafs erst in jure der kläger zu entscheiden gehabt habe welchen anspruch er einklagen wollte. hat aber der kläger freie wahl welchen anspruch er einklagen will, so steht es auch bei ihm ob er klagen will, höchstens braucht er, der form zu genügen, eines ganz unbegründeten anspruchs erwähnung zu thun. schon dafs nach dieser auffassung die in jus vocatio ein treffliches mittel gewesen wäre einen bürger unter bester form rechtens und ohne alle gefahr höchst unangenehm zu belästigen, mag uns auf das bedenkliche der annahme hinweisen. man wende nicht ein dafs dem ernste der alten Römer solch leichtsinniger mifsbrauch eines rechtsinstituts fern gestanden habe: lag in dem benehmen des Lucius Neratius, das die praetoren zur einführung der recuperatorengerichte für injuriensachen bewog, kein übermüthiger hohn der gesetze?

auf stellen aus stücken des Plautus gründet Keller seine behauptung. aber gerade aus Plautus dürfte sich ergeben dafs der einzuklagende anspruch gleich bei der in jus vocatio bezeichnet zu werden pflegte. so sehe man:

Curculio V 2. v. 22:

qui scias mercari furtivas atque ingenuas virgines
ambula in jus.

Poenulus V 4. v. 76:

H. moramini. in jus vos voco, nisi honestiust prehendi.
A. quid in jus vocas nos? quid tibi debemus? . . . .
v. 81 . . . . . quid nos fecimus tibi? H. fures estis ambae.

ibidem V 6. v. 6:

H. in jus te voco.
L. quid tibi mecum autem? H. quia hasce ajo liberas ingenuasque esse filias ambas meas,
quae sunt surreptae cum nutrice parvolae.

Rudens III 6. v. 22: §9.

P. age ambula in jus L. quid ego deliqui? P. rogas?
quine arrhabonem a me accepisti ob mulierem
et eam hinc avexti, L. non avexi. P. cur negas?

weshalb Keller auf diese letzte stelle für seine meinung sich beruft ist nicht recht klar; freilich folgen die worte:

v. 28 in jure causam dicito, hic verbum sat est;

aber die bezeichnung des anspruchs ist ja hier im v. 23 bereits erfolgt, und die worte des v. 28 schliefsen nur bei der in jus vocatio gewifs unzulässige weitere verhandlungen aus, ob der bezeichnete anspruch zu recht bestehe. bedenklicher ist die andre von Keller angeführte stelle

Persa IIII 9. v. 8:

S. age ambula in jus leno. D. quid me in jus vocas?
S. illi apud praetorem dicam. sed ego in jus voco
D. nonne antestaris? S. tuane ego causa carnufex
quoiquam mortali libero aures atteram?
qui hic commmercaris cives homines liberos.
D. sine, dicam. S. nolo. D. audi. S. surdus sum. ambula,
sequere hac, scelesta feles virginaria.
sequere hac, mea nata, me usque ad praetorem.

allerdings wird hier die angabe des grundes der in jus vocatio verweigert und beklagter vertröstet auf das was er vor dem praetor hören werde, aber das ganze verfahren ist hier kein regelmäfsiges, kläger will auch keine antestatio vornehmen, und zum überflufs bezeichnet kläger im v. 12 die klage die er wider den leno anzustrengen gedenkt wenigstens mittelbar.

die annahme einer directen hinweisung auf den einzuklagenden anspruch bei der in jus vocatio dürfte aber auch zur erklärung der antestatio nothwendig sein. diese scheint wenigstens in älterer zeit der regel nach jede in jus vocatio begleitet zu haben. freilich sind die uns erhaltenen nachrichten nur spärlich: die umfänglichsten finden sich bei den

§ 9. scholiasten des Horaz[7]), die zuverlässigsten bei Plautus; auch haben sich die neusten darstellungen des Römischen civilprocesses der erforschung der antestatio nicht mit besonderer vorliebe zugewandt[8]). Asverus in der monographie über die denuntiation begnügt[9]) sich auf Cujas zu verweisen, durch dessen gewifs anerkennenswerthe ausführungen[10]) die untersuchungen über die antestatio doch nicht für alle zeiten abgeschlossen sein werden.

als nächsten grund der antestatio bezeichnen die scholiasten, dafs sie den der die in jus vocatio vornehme berechtige wider den beklagten, falls dieser die folge vor gericht weigere, gewalt zu brauchen; während ohne vorgängige attestatio diese gewalt bei der in jus vocatio den kläger einer injurienklage aussetzen würde[11]).

> tangens autem auriculam his verbis loquebatur: »licet antestari?« si ille respondisset »licet«, per injectionem manus adversarium suum in judicium trahebat. quodsi antestatus non esset et manus injecisset, injuriae reus constitui potuisset.

hiermit läfst sich wohl vereinen dafs wider den damnatus manus injectio ohne antestatio gestattet war. so beschwert sich Cappadox im Curculio[12]):

> . . . . . pro deum atque hominum fidem
> hoccine pacto indemnatum atque intestatum me arripi.

und auch dafs man aller achtung entbehrenden persönlichkeiten gegenüber die antestatio nicht nöthig glaubte scheint nicht unverträglich: die injurienklage, die ein kuppler, wie

[7]) zur 9ten satire des 1sten buchs v. 76.

[8]) in dem index zu Walters rechtsgeschichte 2te aufl. fehlt das wort antestatio; vergl. übrigens § 692 ebendaselbst. auch Puchtas Inst. II. § 160. und Kellers Civ. Pr. § 46 erwähnen der antestatio nur kurz. übrigens verkenne ich keineswegs die guten gründe dieser kürze.

[9]) vergl. § 14 der genannten schrift.

[10]) obs. VII 16.

[11]) Acron ad l. c.

[12]) Curculio V 3. v. 16, 17.

der in der Persa auftretende Dordalus, anstellen mochte, § 9.
war nicht sehr zu fürchten. im widerspruch aber mit dieser auffassung scheint zu stehn, dafs eine antestatio bisweilen auch dort vorkam wo der beklagte keineswegs die folge weigerte. so im Poenulus, wo die schwestern gewifs nicht die absicht haben es auf gewalt ankommen zu lassen, und durchaus bereit sind ihrem freunde Agorastocles und dessen onkel zu folgen. dennoch soll auch hier eine antestatio vorgenommen werden, gleichviel ob man die worte »antestare me atque duce«[13]) dem Agorastocles oder einer der schwestern in den mund legen mag. und auch Dordalus in der Persa scheint die antestatio nicht zu begehren weil er ungezwungen nicht zu gehn entschlossen ist, sondern nur eben darum, weil die allgemeine sitte bei jeder in jus vocatio eine antestatio erforderte.

und noch eins ist zu berücksichtigen. es scheint dafs unter gewissen umständen der kläger den beklagten selber antestiren, d. h. als zeugen aufrufen konnte, vorausgesetzt natürlich dafs dieser in solchem falle wie jeder andre »rogatus et voluntarius« zeuge war. so sagt im Curculio Phaedromus, nachdem er den miles in jus vocirt und dieser zu folgen sich geweigert hat[14]):

. . . . licet antestari? T. non licet.
P. Juppiter te male perdat, intestatus vivito.
C. at ego quem licet te. P. accede huc. T. servom antestari? vide.
C. hem ut scias me liberum esse.

aus dieser entwicklung geht unzweifelhaft hervor dafs die erste frage »licet antestari« an den miles, also an den beklagten selber, gerichtet wird. auch in der mehrerwähnten scene aus der Persa scheint niemand zugegen zu sein als kläger, beklagter und die tochter des klägers. dennoch will

---

[13]) Poenulus V 4. v. 73.
[14]) Curculio V 2. v. 23 folg.

§ 9. der beklagte antestirt sein. ist er nun erbötig sich selber antestiren zu lassen? das scheint freilich Sagaristio nicht anzunehmen, denn er sagt: »tuane ego causa, carnufex, quoiquam mortali libero aures atteram?« oder sollen diese worte den vielleicht mehr komischen als streng logischen gedanken ausdrücken: du bist ein so jämmerliches subject dafs man deinetwegen keinem freien, ja nicht einmal dir selber die ohren zupfen darf.

wie dem auch sei, wir sehn dafs die notiz, nach der antestatio sei die manus injectio gestattet gewesen, manus injectio aber ohne vorgängige antestatio mit einer injurienklage geahndet worden, allein nicht genügt das wesen der antestatio völlig zu erklären. prüfen wir also warum die antestatio die injurienklage ausschliefst, und inwiefern durch die antestatio eine nachfolgende manus injectio gerechtfertigt erscheinen kann.

wenn ein bürger den andern in jus vocirt, so braucht dieser andre nur zu folgen wenn durch dies verfahren wirklich eine klage eingeleitet werden soll; ohne grund darf kein bürger den andern vor den magistrat laden, der geladene braucht nicht zu folgen, und wer die folge dennoch mit gewalt erzwänge, würde sich einer injurie schuldig machen. den beklagten zur folge zu verpflichten mufs ihm sofort eine gewisse sicherheit gewährt werden über die absicht in der kläger die ladung vornimmt. diesem zwecke scheint die antestatio zu dienen. die worte des antestirenden lauten nach dem was Acron am angeführten orte aus alten quellen anführt:

memento quod tu mihi in illa causa testis eris.

was soll der antestatus bezeugen? gewifs nichts auf die materielle begründung der anzustellenden klage bezügliches, denn wer in jus vocirt kann jeden ersten besten antestiren; dafs der antestatus um das rechtsverhältnifs auf das die klage sich beziehn soll wissen müsse, davon findet sich nirgends eine spur. der antestatus kann also nur bezeugen dafs er als zeuge aufgerufen worden ist. aber er soll es bezeugen

»in illa causa«, nicht in der vielleicht möglichen injurienklage § 9.
wider den der in jus gerufen hat, sondern in eben der sache die kläger jetzt zu verfolgen im begriff steht. die worte des klägers »in illa causa« weisen aber auch darauf hin, dafs diese causa schon vorher, also bei der in jus vocatio, näher bezeichnet worden ist. nun ist leicht zu sehn wie gerade eine solche antestatio, bei der ein dritter zum zeugen aufgerufen wird nicht nur darüber dafs überhaupt eine in jus vocatio statt finde, sondern speciell darüber dafs diese in jus vocatio sich auf den näher bezeichneten anspruch beziehe, dem der in jus vocirt wird die nöthige gewifsheit beschafft, dafs wer in jus vocat den ernsten willen hat eine klage anzustellen. die nothwendigkeit zeugen des eigenen thuns aufzurufen, konnte allein schon manchen kläger von ganz leichtfertiger oder rein chicanöser in jus vocatio abhalten. schwerlich brauchte der beklagte zu folgen, der wegen ganz eitler und nach den gesetzen nie zu begründender ansprüche vor den praetor gerufen wurde, vielleicht »ex lege inscripti maleficii« oder wegen einer »ingrati postulatio«[15]). gebrauchte der kläger aber doch gewalt, so mochte nun der beklagte den antestatus als zeugen benutzen dafs keine gesetzliche in jus vocatio vorgekommen sei. berief sich aber der kläger vor zeugen auf einen den gesetzen nach zulässigen wenn auch vielleicht im concreten falle nicht zu recht bestehenden anspruch, so war es wol billig dafs der beklagte vor den magistrat folgte. denn war der anspruch begründet, so mufste die verfolgung desselben wider beklagten durchgeführt werden können; und war derselbe unbegründet, so lag es im interesse gerade des beklagten, dafs über diesen anspruch ein judicium zu stande komme und kläger sein sacramentum zur strafe leichtsinniges processirens verliere. wollte dennoch der beklagte nach geschehener in jus vocatio und antestatio ohne

[15]) über die angeführten fälle sehe man die hübsche erzählung des älteren Seneca, Exc. Contr. III pr.

§ 9. genügenden grund nicht folgen, so hatte diese ungerechtfertigte weigerung keinen anspruch auf rechtlichen schutz, vielmehr mufste die anwendung von gewalt angemessen erscheinen solchen trotz zu brechen. denken wir uns aber dafs der antestatio keine bezeichnung des einzuklagenden anspruchs voraufgegangen, so schwindet ihre bedeutung fast gänzlich. die sicherheit die sie dem vocatus verschafft, könnte sich nur darauf beziehn dafs bei der in jus vocatio äufserlich die gesetzlichen formen gewahrt würden: dafs aber ein grund zur ladung vorhanden sei, oder dafs der qui in jus vocat die absicht habe eine klage anzustellen, das vermöchte eine solche antestatio nie zu erweisen. man möchte folgern dafs vor dem magistrat der beklagte nicht gehalten gewesen wäre über die ansprüche sich auszulassen die bei der antestatio auch mittelbar nicht erwähnt worden, ähnlich wie die cautio judicio sisti nur bindend ist wenn der kläger de eadem re agit über die er anfangs geklagt [16]). aus unserer auffassung der antestatio erklärt sich genügend dafs dieselbe, wo beide theile von vornherein einig waren über den einzuklagenden anspruch so wie darüber dafs der richter entscheiden solle, als leere förmlichkeit erschien, die zu erfüllen die parteien allein genügen konnten, und dafs als derartige förmlichkeit die antestatio auch dort vorkam, wo sie eine manus injectio zu rechtfertigen nicht bestimmt war; andererseits wird ersichtlich dafs, wo eine gesetzliche antestatio der gewalt wider den schuldner vorausging, das zeugnifs des antestatus zunächst dem in jus vocirten entgegenstehen mufste der behaupten wollte nicht »lege« sondern »vi« vor den magistrat geschleppt worden zu sein; endlich ergiebt sich dafs in späterer zeit, als man den ungehorsamen beklagten nicht mehr mit eigner gewalt vor gericht zu bringen pflegte sondern hülfe von dem praetor erbat, die antestatio aus dem gebrauche kommen mufste, da ihre eigentliche bestimmung bereits verschwunden war.

[16]) fr. 5 de exc. r. jud. von Ulpian.

hier mag sich noch die bemerkung anschliefsen dafs die §9.
vielfach gebilligte[17]) restitution der anfangsworte der zwölftafelgesetze

si in jus vocat, ni it, antestator: igitur em capito,

die vornehmlich auf den commentar des Porphyrio zur angeführten satire von Horaz begründet ist, nicht unbedenklich scheinen kann. gewifs ist das ein schlecht gefafstes gesetz, das, ohne vorher zu bestimmen was gethan werden solle, die folgen für den unterlassungsfall ordnet. »igitur« als causalpartikel ist in der sprache der zwölf tafeln undenkbar, zur bestimmung der zeitfolge ist es mindestens überflüssig. dafs »capere« ein handanlegen an den widerwilligen schuldner, etwa den anfang des »ducere« bezeichnet habe, dafür dürfte, abgesehn von unsrer stelle, nur der kritisch durchaus zweifelhafte bei Nonius Marcellus erhaltene vers des Lucilius

si non it, capito inquit eum, et si calvitur, endo
ferto manum

oder wie man ihn sonst lesen mag, anzuführen sein. wol kennen wir ein »pignus capere«, aber dies bezieht sich nur auf sachen, nicht auf personen; wir wissen dafs der pontifex maximus »virginem capit«, aber auch dies verfahren scheint nach der ausführlichen darstellung des Gellius[18]) denn doch ganz andrer art gewesen zu sein als die gewalt gegen den widerspenstigen schuldner. läfst man nun gar das andre gesetzesfragment[19]):

si calvitur pedemve struit, manum endo jacito

jenem ersten unmittelbar folgen, so sieht man nicht was das »capere« vor dem »manus injicere« nutzt. den bedenken wider die angeführte restitution zu entgehn ist nicht eben schwer, da die aus alten drucken als handschriftlich überlieferten züge des scholiasten:

---

[17]) vergl. z. b. Dirksen Zwölftafelfragmente V 1; Puchta Inst. II § 160; Keller Civ. Pr. § 46.

[18]) noct. Att. I 12.

[19]) Festus v. struere.

§ 9. sivisvocationitestaminiigiturencapitoantestari

oder nach Ursinus

si in jus vocationi antestamini encapito antestarier

conjecturen freien spielraum lassen. vielleicht lauteten die gesetzesworte:

si in jus vocat ito. intestatus ni sequitur (oder: ni it), incipito antestari, si calvitur pedemve struit manum endo jacito.

im einzelnen enthält dieser vorschlag wenig neues; er giebt die gesetzesvorschriften in natürlicher folge, und weicht von den handschriftlichen zügen weniger ab als andre restitutionsversuche. vielleicht wäre dann auch bei Cicero de legibus II 9 (4) zu lesen:

a parvis enim Quinte didicimus: si in jus vocat eat, atque ejusmodi alias leges nominare

statt des handschriftlichen

in jus vocat atque eat,

das den herausgebern viel noth gemacht hat.

dafs übrigens das vadimonium stets auf eine bestimmte sache sich bezogen habe und diese bei demselben genügend bezeichnet worden, scheint auch von Keller[20]) nicht bezweifelt zu werden. der widerspruch von Asverus[21]) mag füglich auf sich beruhn, und unbedenklich zugegeben werden dafs eine edition von instrumenten weder bei der in jus vocatio noch bei dem vadimonium der regel nach zu geschehn pflegte. sehr charakteristisch für die Römische anschauungsweise ist Ciceros[22]) ausdruck:

ex eo tempore res esse in vadimonium coepit.

so viel darüber dafs, wenn gleich nach Römischer anschauung die eigentliche actio und der consumirende einflufs derselben auf die res qua de agitur nicht vor der litis con-

---

[20]) Civ. Pr. § 47.

[21]) Denuntiation § 14.

[22]) pro Quinctio 22 (5).

testatio begann, dennoch auch das vorhergehende verfahren in directer beziehung zu dieser res stand. zu erörtern ist hier nun auch die frage: ob, wenn der proceſs durch ein surrogat des richterlichen erkenntnisses beendet wurde bevor eine litis contestation vorgenommen worden, die regel »bis de eadem re ne sit actio« zur anwendung kam, und an welchen proceſsabschnitt alsdann die consumption sich anknüpfte, oder ob ein solches verfahren gar keine consumirende kraft übte? §9.

völlig gewiſs ist daſs, wo das verfahren zu keinerlei abschluſs gedieh, sondern die verhandlungen in jure nur verschleppt und endlich aufgegeben wurden, hierdurch keine consumption bewirkt ward; und ein anschauliches bild wie man einen proceſs in diesem stadium bald liegen lassen bald wieder aufnehmen konnte giebt uns Ciceros [13]) darstellung von dem verfahren des Naevius wider den Quinctius. doch möchte man glauben daſs, wo das verfahren in jure eine entscheidung herbeiführte, auch die klagenconsumption an der stelle gewesen wäre. aber so sehr man geneigt sein muſs auch für die surrogate der erkenntnisse die nothwendigkeit eines schutzes einzuräumen, so wird man doch nicht verkennen dürfen daſs diesen surrogaten, wenn auch schutz, doch nicht derselbe wie einem erkenntnisse zu theil wurde, und daſs namentlich die consumption nirgends eintrat wo der proceſs beendet wurde ohne daſs eine litiscontestation statt gefunden hätte.

was zunächst den eid betrifft, so wird dieser an vielen stellen einem judicium verglichen, (fr. 26 § 2, fr. 35 § 1 de jurej. von Paulus und fr. 13 quib. mod. pign. von Tryphonin), und ihm bald gleiche, (fr. 42 § 3 de jurej. von Pomponius, fr. 56 de re judicata und fr. 1 pr. quar. rer. a. n. d. von Ulpian) bald gröſsere folgewichtigkeit als dem erkenntniſs (fr. 2 de jurej. von Paulus) zugeschrieben.

[13]) pro Quinctio c. 19 (5) seq.

§ 9. ebenso wird der eid auch der litiscontestation gleichgestellt im fr. 28 § 2 de judiciis von Paulus:

ex quibus autem causis non cogitur legatus judicium accipere, nec jurare cogendus est, »se dare non oportere« quia hoc jusjurandum in locum litis contestatae succedit.

und im fr. 9 § 3 de jurej. von Ulpian

si is qui temporaria actione mihi obligatus erat detulerit jusjurandum ut jurem eum dare oportere, egoque juravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

dennoch aber galt der in jure abgeleistete eid nicht wirklich als litiscontestation, wie sich eben darin zeigt, dafs er keine consumption des verfolgten anspruchs bewirkt. freilich ist diese behauptung nicht durch fr. 26 § 1 de jurej. von Paulus zu erweisen:

si pater juraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit;

da der peculienklage consumirende wirkung nie über den umfang des peculium hinaus reicht[14]), und also auch, wenn in diesem falle wo nichts im peculium ein richterliches erkenntnifs ergangen wäre, die klage wider den sohn nicht consumirt werden könnte. dagegen aber dürfte fr. 42 § 1 de jurej. von Pomponius die consumirende kraft eines durch eid abgeschlossenen verfahrens entschieden verneinen:

si fidejussor juraverit »se dare non oportere«, exceptione jurisjurandi reus promittendi tutus est. atquin si quasi omnino idem non fidejussisset juravit, non debet hoc jusjurandum reo promittendi prodesse.

zu vergleichen ist auch § 3 desselben fragments:

item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret;

und fr. 28 § 1 eod. von Paulus:

quod reus juravit etiam fidejussori proficit, a fidejussore

---

[14]) man sehe oben § 7.

exactum jusjurandum prodesse etiam reo Cassius et Ju- § 9.
lianus ajunt; nam quia in locum solutionis succedit hic quoque eodem loco habendum est, si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur,

also nicht dafs der fidejussor geschworen, sondern nur was er beschworen hat, kommt dem reus zu gute; und sehr consequent scheint daher Pomponius nicht darauf hinzuweisen, dafs durch klaganstellung wider den schuldner der bürge und im umgekehrten falle auch der schuldner frei wird, sondern auf die analogie des freisprechenden erkenntnisses. übrigens liegt zu tage dafs der eid durch die fiction der wahrheit des beschworenen [15]) ganz vollständig geschützt wurde und keines andern schutzes bedurfte, so dafs hier der eintritt der consumption weder nöthig noch nützlich erscheinen konnte. auch ist nicht zu übersehn dafs die wirkungen dieser fiction in den meisten fällen mit denen der entwickelten consumptionstheorie durchaus übereintreffen, so dafs nur in seltenen fällen die unwirksamkeit des consumptionsprincipes bei dem durch eid in jure beendeten verfahren zur anschauung gelangen kann.

dieselbe bemerkung drängt sich auch bei betrachtung der confessio in jure auf. auch hier wird das eingestandene als wahn fingirt [16]); und es ist nach der analogie des eides unzweifelhaft dafs, wo die confessio wirklich als surrogat des urtheils eintritt und den procefs abschliefst bevor es zu einer litis contestation gekommen ist, dies verfahren nicht als wirkliche actio gilt und keine consumirende wirkung übt. dennoch dürfte es nicht ganz leicht sein den nichteintritt der consumption direct aus den quellen zu beweisen, zumal durch die fiction der wahrheit des eingestandenen spätere klagen, deren zweck gerichtliche anerkennung des bereits zugestandenen wäre, durchaus unnütz werden, und doch

[15]) vergl. Savigny System VII § 311.
[16]) s. Savigny System VII § 303.

§ 9. nur bei einer solchen neuen klage ersichtlich werden könnte ob durch das frühere verfahren der betreffende anspruch consumirt ist oder nicht. eine zweite klage de eadem re kann hier nicht gut erfolgen wenn nicht das eingestandene widerrufen wird; und da solcher widerruf nur mittels praetorischer restitution zulässig [27]) ist, so dürfte auch aus diesen fällen nicht viel zu schliefsen sein.

endlich ist noch der fall zu betrachten, wo der praetor die ertheilung einer klage verweigert und den kläger unmittelbar abweist. da hier keine litis contestation eintritt, so ist anzunehmen dafs dies verfahren nicht als actio gelten, und keine consumption des eingeklagten anspruchs herbeiführen könne. auch haben wir keine andeutung davon dafs man solchen ausspruch des praetors je durch die fiction der wahrheit desselben geschützt habe. blieb also solcher entscheid des praetors ohne jeglichen schutz? es wird niemand behaupten mögen dafs unsere quellen viele zeugnisse über diesen fall enthielten. ich wüfste zur zeit nur eine stelle anzuführen, die zu ergeben scheint dafs, wenn ein kläger mit seinem klagantrag von einem magistrat abgewiesen war, hierdurch der betreffende anspruch nicht consumirt ward und überhaupt nichts im wege stand wegen desselben anspruchs nochmals eine klage zu erbitten.

die darstellung des falles den ich im auge habe, mufs von der ersten begründung des betreffenden rechtsverhältnisses anheben, da dasselbe nicht ganz einfach ist und bereits abweichenden auffassungen unterlegen hat [28]).

Cicero erzählt in der oratio pro Flacco [29]) dafs Heraclides aus Temnos zu Rom von zwei equites geld aufgenommen und sein landsmann Hermippus für ihn sich verbürgt habe. dieser Hermippus mufs an die gläubiger zahlen,

[27]) fr. 7 de confessis von African. vergl. Savigny System VII § 306.

[28]) vergl. Mayer, Litis Contestation s. 3 folg.

[29]) pro L. Flacco 48—50 (20, 21).

und tritt in Asien mit der regreſsklage wider den Heraclides § 9.
auf. der praetor Flaccus giebt recuperatoren, die den Heraclides verurtheilen; Flaccus addicirt ihn dem Hermippus. von diesem kommt Heraclides wieder los nachdem er ihm einige sklaven verkauft, deren preis, wie es scheint, auf die schuldsumme abgerechnet wird. wie Ciceros bruder dem Flaccus in der praetur nachfolgt, greift Heraclides vor diesem das wider ihn ergangene urtheil an:

> recuperatores vi Flacci coactos et metu falsum invitos judicasse.

Q. Cicero stellt ihm die alternative einer in duplum revocatio oder einer neuen verhandlung des processes vor denselben recuperatoren. Heraclides geht auf keines von beidem ein, und verlangt eine klage auf die verkauften sklaven wider den Hermippus,

> quasi nihil esset actum nihil judicatum, ab Hermippo ibidem mancipia, quae ipse ei vendiderat, petere coepit.

der legat Gratidius verweigert diese klage »re judicata stari ostendit placere«. in diesem ausspruch des Gratidius dürfen wir keine anwendung unserer regel sehn: über den anspruch des Heraclides auf die mancipia war noch nie erkannt. selbst die angebliche positive function der exceptio rei judicatae könnte hier nicht zur anwendung kommen: denn früher war erkannt daſs Heraclides dem Hermippus geld schulde, und diesem erkenntniſs widerspricht die behauptung daſs die sklaven dem Heraclides zustehn in keiner weise. dies »re judicata stare« kann also nur bezeichnen daſs, wie eine condiction dessen was aus einem judicat gezahlt worden unzulässig, so überhaupt was zur tilgung einer judicatsschuld geleistet worden nicht angefochten werden dürfe, weil hierin ein angriff auf das judicat selber enthalten sei. nun geht Heraclides wieder nach Rom und klagt hier wider den senator C. Plotius,

> petit mancipia quaedam, quae se, cum judicatum esset, per vim vendidisse dicebat.

§ 9. offenbar aber sind dies die sklaven die Hermippus vom Heraclides erhalten und dem Plotius, der legat in Asien gewesen war, vielleicht schon dort, vielleicht in Rom, wohin nun auch Hermippus wieder gegangen, verkauft hatte. der anspruch ist also derselbe der schon vor dem Gratidius angebracht war: denn Plotius ist singularsuccessor des Hermippus und es hätte die klage wider ihn als actio über dieselbe res gelten müssen[80]), über welche Heraclides die klage wider Hermippus erbeten, von Gratidius aber nicht erhalten hatte. dennoch giebt der römische praetor die klage wider den Plotius. dafs Heraclides nachher, wie er zu der einsicht kommt dafs er auch mit dieser klage zu keinem günstigen resultat gelangen werde, die ganze sache fallen läfst, interessirt uns hier weniger.

wenn das resultat, das aus dieser erzählung sich ergiebt, mit dem was wir im übrigen zu folgern berechtigt sind weniger übereinzustimmen schiene, so wäre die bedeutung der stelle nicht hoch anzuschlagen. dafs die sklaven, die Heraclides von Hermippus verlangt, dieselben gewesen derentwegen er später den Plotius in anspruch nimmt, wird von Cicero nicht gesagt; ja der ausdruck »petit a C. Plotio mancipia quaedam« scheint dieser annahme keineswegs günstig. und dennoch beruht hierauf allein die beweiskraft der stelle. aber Cicero mochte verschiedne gründe haben, dies vorliegende rechtsverhältnifs nicht allzu deutlich vorzutragen, und dafs wirklich die mancipia die Heraclides vom Plotius fordert dieselben gewesen, derentwegen er bereits den Hermippus belangt hatte, wird dadurch höchst wahrscheinlich, dafs man sonst nicht sieht warum überhaupt Cicero der klage wider den Plotius gedenkt. denn abgesehn von allen nebenumständen ist es weder ein grofses vergehn noch ein kennzeichen »inepti hominis et loquacis«, eine klage anzustellen und dieselbe nachher, wenn sie keinen erfolg verspricht,

[80]) vergl. unten § 16.

aufzugeben, wofern dies nämlich, wie im vorliegenden falle, §9. »quod judicium lege non erat«, gestattet ist. Mayers behauptung[31]), dafs bei einem judicium quod lege non est, d. h. also bei einem judicium quod imperio continetur, zu Ciceros zeit gestattet gewesen sei die bis über die litis contestation hinaus verfolgte klage später nach belieben wieder aufzunehmen, verdient schwerlich mehr billigung als sie bisher gefunden hat; auch dürfte der ausdruck »causam totam reliquit« nicht wohl geeignet sein ein nur vorläufiges aufgeben der sache, die später vor anderen richtern wieder anhängig gemacht werden soll, zu bezeichnen. warum aber, und in welcher art, bei einem judicium quod lege non est einseitiges zurücktreten von der klage nach der litiscontestation dem kläger freigestanden, bei dem judicium quod lege est aber offenbar nicht gestattet gewesen, dürfte bei der geringen kenntnifs die wir von den eigenthümlichkeiten der judicia legitima besitzen nicht mit völliger gewifsheit zu erklären sein. vielleicht begleiteten diese wenigstens zu Ciceros zeit der regel nach stipulationen und restipulationen, wie auf den zusammenhang der judicia legitima mit der praejudicialen sponsion bereits Rudorff[32]) hingewiesen hat.

noch eine betrachtung kann dazu dienen das angenommene resultat zu rechtfertigen. wenn auch das abweisende decret eines magistrats für alle andern nicht mafsgebend war, und einem solchen bescheide durch die spätere zulassung der klage und vielleicht durch das dann erfolgende richterliche erkenntnifs direct widersprochen werden konnte, so waren dennoch hieraus erhebliche nachtheile für die öffentliche rechtssicherheit nicht zu besorgen. selten wird ein praetor, wo die sache nicht völlig klar vorlag, die klage abgewiesen haben; und bei solcher klarheit war denn auch anzunehmen dafs meistens jeder andre magistrat sofort ebenso entscheiden

[31]) Lit. Cont. a. a. o.

[32]) Prolegomena zum Berliner Lections-Catalog 1850—51.

§ 9. werde, zumal er das in der ersten entscheidung enthaltene praejudicium auch nicht ganz unberücksichtigt lassen mochte. es konnte aber auch vorkommen dafs dem ersten magistrat, wie in dem besprochenen falle dem legaten in Asien, aus eigner anschauung mancherlei bekannt war wovon der andre magistrat, dort der praetor in Rom, nichts wufste und alsdann trotz jenem praejudicium sich nicht befugt erachten mochte dem kläger ohne weiteres alle ansprüche abzusprechen. wird nun die klage zugelassen, so ist gewifs wahrscheinlich dafs der judex, der volle zeit hat sich zu unterrichten, schliefslich der meinung des ersten magistrats beitreten wird; in allen fällen aber wird durch die widersprechende verfügung des zweiten magistrats, die die klage zuläfst, vollständige rechtssicherheit herbeigeführt werden, da mit der einleitung der klage zugleich die consumption des betreffenden anspruchs eintritt. die nachtheile also die sich daraus ergeben können, dafs dem abweisenden bescheide eines magistrats nicht durchgreifende wirkung zukommt, beschränkten sich darauf, dafs der beklagte, wider den ein praetor die klage verweigert hatte, nicht so vollständig geschützt wurde als wenn ein richter die nichtexistenz des klägerischen anspruchs ausgesprochen hätte. doch wird man wol annehmen dürfen dafs der beklagte, der um gröfsere sicherheit zu erlangen die mühen eines processes nicht scheute, jene sicherheit erreichen konnte, da selten ein praetor den kläger abgewiesen haben dürfte, wenn auch der beklagte um einsetzung eines judicium bat.

---

die ergebnisse der letzten untersuchungen, die die nahe verbindung der consumption mit der litis contestation als dem anfange der actio nachweisen, sind auch für die ergründung der geschichtlichen entwicklung der consumptionstheorie nicht ohne wichtigkeit. wir gingen aus von der betrachtung wie die möglichkeit mehrer und zumal wider-

sprechender erkenntnisse über dieselbe sache jegliche rechts- §9.
sicherheit aufhebe, und deshalb das einmal ergangene erkenntnifs geschützt werden müsse; mehre klagen aber über dieselbe sache können nur insofern gefährlich scheinen als sie mehre erkenntnisse herbeiführen. dennoch verbietet die rechtsregel, auf der in Rom während der blüthezeit der jurisprudenz dieser schutz der erkenntnisse zum gröfsten theile beruhte, nicht mehre erkenntnisse sondern mehre klagen de eadem re; und zwar ist dies wie wir eben gesehn kein ungenauer ausdruck der die klage nennt und das erkenntnifs meint, sondern von dem ersten augenblicke an in welchem die existenz einer klage beginnt, und gleichviel ob diese klage ein erkenntnifs herbeiführen wird oder nicht, ist jede andre klage de eadem re ausgeschlossen.

aber gewifs dürfen wir nicht die Römer darum schelten dafs sie das ziel nicht zu finden oder nicht zu erreichen gewufst; viel eher mögen wir auch hieraus die unübertroffene ökonomie der Römischen rechtsbildung erkennen. im rechtsleben jedes volks werden sich häufig mängel und übelstände herausstellen, die jeder empfinden mufs der nicht aufser allem rechtlichen verkehr steht. solchen einzelnen übelständen mit legislativer allmacht entgegenzutreten ist nicht eben schwer; es erfordert dies, aufser der erkenntnifs des übels, nur den willen zu helfen und die fähigkeit den willen angemessen auszusprechen. aber wo so, je nach dem im augenblick empfundenen bedürfnifs, gesetze verfertigt werden, ist der erfolg, den wir in der allgemeinen rechtsgeschichte leider nur zu oft eintreten sehn, dafs eine grofse masse einzelner gesetze in kürzester zeit heranwächst und sich gar bald dem überblick so des richters wie des gesetzgebers entzieht. die trefflichkeit des Römischen rechts war nothwendige folge davon dafs dasselbe auf möglichst wenigen gesetzlichen vorschriften beruhte; hierdurch waren die juristen gezwungen mit gröfster umsicht jede einzelne vorschrift nach allen seiten hin durchauszunutzen; freilich hätten die juristen das nöthige geschick

§ 9. hierzu nicht besessen, man hätte im ausgebreiteten verkehr nicht mit so wenigen gesetzen auskommen mögen. die äufseren ereignisse denen unsere rechtsregel ihre entstehung verdankt, liegen aufserhalb der grenzen geschichtlicher kenntnifs; nicht einmal ob die regel ihre gesetzliche gültigkeit einer promulgation als lex oder nur der anerkennung der alten gelehrten praktiker verdankte, liefs sich mit gewifsheit feststellen[33]). nur das eine scheint aus dem wortlaut der regel sich zu ergeben, dafs das erste entstehn derselben im volksbewufstsein weniger aus der auf schutz des erkenntnisses gerichteten absicht als aus einer grundanschauung von der bedeutung und autorität des gerichtlichen verfahrens selber hervorgegangen. aber weil die so gewonnene regel richtig benutzt zugleich genügenden schutz der erkenntnisse gewährte, führte man nicht neue gesetze ein um zu einem ziele zu gelangen das man auch ohne dieselben erreichen konnte; man beschränkte sich darauf die vorhandne regel dem neuen zweck gemäfs zu entwickeln. man gab auf was nicht haltbar war; so liefs man vielfach eine zweite actio de eadem re zu, weil der praetor nicht zeit hatte in jedem einzelnen falle untersuchungen über die identität der res anzustellen, ohne jedoch hiermit wider den geist der regel zu verstofsen, da die zweite actio stets wirkungslos bleiben mufste. andererseits aber beharrte man, wenigstens in der classischen periode des Römischen rechts, streng dabei dafs die actio selber und nicht erst das erkenntnifs consumirend wirke, offenbar darum weil so auch das erkenntnifs weit sicherer geschützt wurde als wenn die consumption als folge des erkenntnisses eingetreten wäre. hätte man allgemein nach eingeleiteter actio, aber bevor aus derselben erkannt worden, eine zweite actio de eadem re gestattet, so wären hiervon oftmals zwei, möglichesfalls widerstreitende, erkenntnisse nothwendige folge gewesen. so wenn beide richter gleichzeitig erkannten, oder doch der

[33]) s. oben § 4.

eine von dem früheren erkenntnifs des andern nichts erfahren § 9.
hätte; ebenso wenn die klage aus der zuerst erkannt worden, der art gewesen wäre dafs sie die consumption des eingeklagten anspruchs nicht direct sondern nur per exceptionem zu bewirken vermocht hätte[34]); endlich wenn die klage aus der das zweite erkenntnifs erfolgte, dem richter nicht gestattet hätte veränderungen, die mit dem klägerischen rechte nach der litis contestation vorgingen, zu berücksichtigen[35]). in all diesen fällen könnte die dem erkenntnifs nachfolgende consumption einen genügenden schutz dem erkenntnisse nicht gewähren, während die durch die regel »bis de eadem re ne sit actio« auch hier widersprechende erkenntnisse ausschliefst.

§ 10. Beziehung der klage auf ansprüche des beklagten.

Die erforschung des verhältnisses der actio zur res de § 10.
qua agitur bildet den kern der untersuchungen dieses abschnitts. wir begannen mit der betrachtung der formen der actio, und sahen dann dafs der regel nach jede klage auf eine gewisse res, einen anspruch des klägers sich bezieht, den kläger eben mittels der actio durchführen will. den charakter der res und den ausdruck den dieselbe in der formel findet suchten wir näher zu bestimmen, und prüften zuletzt welcher abschnitt in der entwicklung des processes für die beziehung der klage auf die eingeklagte res mafsgebend sei. hiermit dürfen aber diese untersuchungen noch nicht abgeschlossen werden.

wenn wir gefunden haben dafs jeder actio eine gewisse res des klägers zu grunde liegen müsse, so bleibt doch noch die frage zu behandeln ob eine klage stets nur auf jene eine res sich beziehe, oder ob mit einer actio über mehre

[34]) dieser fall mufste nach dem edictum perpetuum fortfallen. vergl. oben § 8 not. 12.

[35]) vergl. die zweite beilage.

§ 10. res zugleich verhandelt werden könne. unter der res qua de agitur aber haben wir bisher nicht einen einzelnen anspruch, sondern stets den inbegriff der ansprüche die kläger einklagt, verstanden, und hiernach gestaltet sich diese neue frage: ob ansprüche des beklagten ebenso wie die ansprüche des klägers als res de qua actio est gelten können, also ob, wo Agerius wider den Numerius klagbar auftritt, mit dieser actio die Agerius anstrengt auch über ansprüche des Numerius verhandelt werden könne, wovon denn die nothwendige folge wäre dafs durch diese klage auch die klagbarkeit der ansprüche des Numerius consumirt würde. diese frage ist zu bejahen; das Römische recht kennt klagen die auf ansprüche des beklagten sowol wie auf die des klägers sich beziehn und darum beider ansprüche consumiren.

eben wegen der consumirenden wirkung die jede klage auf die res auf die sie sich bezieht ausübt, darf nur dasjenige gerichtliche verfahren als actio über ansprüche des beklagten angesehn werden, das demselben zugleich die möglichkeit darbietet diese ansprüche zu realisiren. unzweifelhaft gilt die regel, dafs eine klage nie zur verurtheilung des klägers führen könne[1]); aus ihr folgt dafs eine befriedigung der ansprüche des beklagten mittels der angestellten klage nur dann möglich ist, wenn entweder diese klage eine vollkommen zweiseitige »duplex actio« ist, bei der beklagter zugleich als kläger und der kläger als beklagter auftritt, oder wenn die wirksamkeit der ansprüche des beklagten darauf beschränkt bleiben soll, die klägerischen fordrungen zu entkräften, und daher diese ansprüche des beklagten schon durch die freisprechung erfüllt scheinen müssen. beide fälle kommen in wirklichkeit vor, und haben das gemeinsame dafs mittels einer actio über zwei verschiedene res, über ansprüche des klägers wie über ansprüche des beklagten, verhandelt wird, und dafs daher durch ein erkenntnifs zwei res judicatae, und als nothwendige

[1]) vergl. Savigny System VI § 286 folg.

folge hiervon auch zwei exceptiones rei judicatae entstehn, §10.
deren eine den beklagten wider zweites einklagen der vom kläger verfolgten ansprüche schützt, die andre wirksam ist eine neue klage über die vom beklagten vorgebrachten ansprüche auszuschliefsen. verschieden aber sind beide fälle zunächst betreffs ihrer äufseren gestaltung, indem bei der duplex actio schon aus der formel die gleichstellung beider theile, dafs jeder beklagter und zugleich kläger ist, erkennbar wird, wogegen im andern falle, dafs auch der beklagte eigene ansprüche verfolge aus der formel der actio oft gar nicht zu ersehen ist; ferner durch das feste maafs, die summe der klägerischen ansprüche, über welches hinaus im zweiten fall die ansprüche des beklagten nicht durch die actio erfüllt und daher auch nicht gegenstand der klage werden können, während bei der äufserlich zweiseitigen klage der umfang der ansprüche jedes theils von den ansprüchen des andern völlig unabhängig ist.

zweiseitige klagen sind die drei theilungsklagen und die bekannten prohibitorischen interdicte[9]). bei diesen klagen tritt das wesen der zu grunde liegenden res, des eingeklagten anspruchs, oft minder deutlich hervor als bei den meisten andern klagen; so namentlich wo bei theilung einer sache jeder theil das eigenthum des andern anerkennt, oder wo das interdictum uti possidetis nur um die parteirollen bei der folgenden vindication zu ordnen anwendung fand. hier konnte auch die wirkung der consumption nicht immer völlig klar zur anschauung kommen. dennoch ist nicht zu bezweifeln dafs, wo diese klagen auf bestimmte ansprüche sich bezogen, sie auf dieselben consumirend einwirkten; und es bedarf dies keines näheren beweises, da im gegentheil, wenn die allgemeine regel in diesen fällen eine ausnahme erleiden sollte, diese ausnahme zu beweisen wäre. übrigens

[9]) vergl. über diese K. A. Schmidt Interdictenverfahren s. 180 f. und s. 284 f.

§ 10. vergleiche man über die consumirende wirkung der judicia divisoria: Pauli sententiae receptae I 18 § 1, fr. 20 § 4 fam. erc. von Ulpian, fr. 44 § 1 eod. und fr. 38 § 1 pro socio von Paulus, so wie die schon vorher angeführte stelle aus dem zweiten buche des Frontinus (Lachmann s. 43 z. 26 — s. 44 z. 3).

da bei den eben genannten klagen beide theile durchaus gleich stehn, mufs die durch die klage bewirkte consumption in ganz gleicher weise auf die von beiden theilen verfolgten ansprüche einwirken, und also beiden schaden bringen und wieder beiden zu statten kommen. das eine erkenntnifs, das auf eine solche duplex actio erfolgt, bezieht sich auf die von beiden theilen eingeklagten res, und giebt jedem von beiden die exceptio rei judicatae wider eine zweite verfolgung derselben res.

in älterer zeit scheint man in Rom auch noch eine andre art vollkommen zweiseitiger klagen gekannt zu haben. wenn es klagen gab deren intentio lautete:

quicquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex fide bona [3]),

so müssen wir auch bei ihnen eine völlige gleichstellung beider theile voraussetzen. beide waren kläger, beide beklagte; die klage bezog sich gleichmäfsig auf die von jedem von beiden verfolgten ansprüche, und eben darum wurden beider ansprüche consumirt.

hieran reiht sich die betrachtung der übrigen bonae fidei actiones. falsch ist Liebes behauptung, bei den zweiseitigen geschäften würden durch die von einer seite erhobene klage alle ansprüche des beklagten in judicium deducirt und consumirt [4]). Liebe selber sieht sich zu der annahme gezwungen, im formularprocefs habe bei solchen klagen der richter stets

---

[3]) vergl. Savigny System VI § 289, und Keller Civ. Pr. § 90.

[4]) Stipulation § 19, dagegen sehe man Buchkas weitläufige ausführungen, Einfluſs I § 2.

auch den kläger verurtheilen können [5]); demnach müfsten ent- § 10.
weder die formeln immer »quicquid alterum alteri dare facere oportet« gelautet haben, was nach den vorhandenen quellenzeugnissen gewifs nicht anzunehmen ist, oder der richter wäre an die bestimmungen der formeln gar nicht gebunden gewesen. höchst erbaulich sind auch die praktischen consequenzen dieser ansicht: der käufer der nicht sofort zahlt verliert, mit der actio venditi belangt, alle etwaigen ansprüche auf evictionsleistung, insoweit dieselben aus dem kaufcontract selber fliefsen; der vermiether, der wegen nicht rechtzeitiger übergabe der vermietheten sache ex conducto belangt wird, hätte, wenn er nun übergeben, auf restitution seiner sache nur die rei vindicatio und auf den miethszins gar keine klage. was überhaupt nach dieser ansicht aus später fälligen ansprüchen des beklagten werden sollte, ist gar nicht abzusehn; denn dafs durch leichtsinnige klage kläger die eignen forderungen consumirt ohne aus dem erkenntnifs ersatz für dieselben zu erhalten, verträgt sich sehr wohl mit der billigkeit, aber dafs er in gleicher weise auch des beklagten forderungen vereiteln könnte, liefse sich in keiner weise rechtfertigen. sollen also vielleicht auch diese nicht fälligen ansprüche des Numerius, die, wenn er selber klagend aufträte, gar keine berücksichtigung finden könnten, bei der klage des Agerius aufgerechnet werden? und wie wenn sich diese ansprüche zur zeit noch gar nicht berechnen liefsen? für unsere betrachtungen aber ist die angeführte meinung Liebes nicht ohne bedeutung, weil sie gewissermafsen als consequenz der von Keller vertheidigten auffassung der einheit [6]) der betreffenden rechtsgeschäfte erscheint, und wir daher aus dem falschen conclusum die falsche praemisse erkennen können. gewifs ist ein kauf, ein rechtsgeschäft, so gut wie ein darlehn: aber nichts rechtfertigt

[5]) über die in der c. 14 de sent. et int. von Justinian erwähnte meinung Papinians, auf die Liebe sich bezieht, vergleiche man Savigny System VI § 298.

[6]) Lit. Cont. § 33.

§10. den schluſs daſs deshalb nur einmal aus dem einen kauf oder dem einen darlehn geklagt werden dürfe.

wenn also feststeht daſs nicht jede actio bonae fidei die aus dem betreffenden geschäft erwachsenden ansprüche des beklagten in judicium deducirt, und daſs, wo eine solche klage auch auf ansprüche des beklagten sich bezieht, sie dieselben nicht sämmtlich zu umfassen braucht, so sind jetzt die bedingungen und der umfang der bei diesen klagen eventuell eintretenden consumption von ansprüchen des beklagten näher zu bestimmen. der richter soll verurtheilen »quicquid dare facere oportet ex fide bona.« mögen wir nun auf die bestimmung des umfangs eines solchen erkenntnisses den bekannten satz »dolo facit qui petit quod redditurus est« uns von einfluſs denken oder nicht, das ist gewiſs, daſs der richter den beklagten stets nur auf soviel verurtheilen durfte, um wie viel zur zeit die ansprüche des klägers die gegenansprüche des beklagten aus demselben geschäft übertrafen. also hatte Agerius ex empto hundert, Numerius ex vendito funfzig zu fordern, so wirkte die empti actio dahin daſs dem Agerius nur der überschuſs seiner 100 über jene 50, also auch eben 50 zugesprochen wurden. was gilt hier als res de qua agitur, als gegenstand der klage und der consumption? nur der überschuſs der 50 die dem Agerius zugesprochen sind? dann könnte Agerius über die andern 50, und ebenso auch Numerius über seine 50, von neuem klagend auftreten, und jeder von beiden nur etwa durch vorschützen der compensablen gegenforderungen sich decken; eine weitere folge hiervon wäre daſs klagen aus bonae fidei geschäften, die zu keiner verurtheilung des beklagten geführt, weil die ansprüche beider theile ganz gleich groſs erschienen, gar keine consumirende kraft üben könnten. diese annahme bedarf nicht weiterer widerlegung. in judicium deducirt und consumirt wird des Agerius ganzer anspruch auf 100, und consequenz wie billigkeit zwingen auch des Numerius anspruch auf 50, der ja durch das ergehende erkenntniſs vollständig befriedigt wird, in gleicher

weise als in judicium deducirt und consumirt zu betrachten. § 10.
man vergleiche:

fr. 8 § 2 de neg. gest. (Ulpianus lib. 10 ad ed.) si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio rei judicatae opponenda est.

fr. 1 § 4 de contr. tut. act. (Ulpianus lib. 36 ad ed.) praeterea, si tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit. sic erit arbitrii ejus utrum compensare an petere velit sumptus. quid ergo, si judex compensationis ejus rationem non habuit, an contrario judicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquievit, non debet judex contrario judicio id sarcire.

für den umfang der consumption von ansprüchen des beklagten folgt hieraus unmittelbar, dafs nur was wirklich zur compensation gestellt und von dem richter geprüft worden, gleichviel übrigens ob er die fordrung aufgerechnet oder aberkannt, als consumirt gilt, wogegen alles was gar nicht in die compensationis ratio gezogen worden ist, später eingeklagt werden kann. übersteigen also die ansprüche des beklagten die des klägers, so müssen sie wenigstens zum theil klagbar bleiben. man sehe

fr. 18 § 4 commodati (Gajus l. 9 ad ed. prov.). quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. sed fieri potest ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

die consumption der ansprüche des beklagten, die in diesen fällen eintritt, ist übrigens der consumption einer res des klä-

§ 10. gers durchaus gleichartig, wie dies namentlich die vergleichung mit den in die formel »quicquid alterum alteri dare facere oportet« zu kleidenden klagen ergiebt. insoweit Numerius die erfüllung seiner ansprüche aus der wider ihn angestrengten klage erwarten darf, ist er auch gewissermaafsen als kläger zu betrachten. der unterschied aber jener ganz zweiseitigen klagen von den übrigen bonae fidei actiones äufsert sich nur darin, dafs einmal bei jenen die ansprüche bereits durch die litis contestation zum gegenstand der klage gemacht werden, wogegen bei andern klagen von des beklagten und des richters ermessen abhängt ob die ansprüche bei diesem verfahren berücksichtigt oder für ein späteres verspart werden sollen, und dafs zweitens bei der einseitigen bonae fidei klage die ansprüche des Numerius nie über den betrag der fordrungen des Agerius hinaus consumirt werden, weil sie in gröfserem umfange gar nicht als gegenstand der klage und der richterlichen prüfung gelten können.

da übrigens in Rom die möglichkeit des compensirens nicht auf die bonae fidei klagen beschränkt blieb, mufste man auch bei andern klagen, wo eben compensation zugelassen wurde, gleiche resultate annehmen. auch hier mufste der von dem beklagten zur compensation gestellte anspruch, falls nicht der richter der untersuchung desselben sich ganz entzog, als res de qua agitur gelten und demnach consumirt werden. für alle diese compensationsfälle mag daher Ulpians entscheidung als norm gelten:

> fr. 7 § 1 de compens.: si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei judicatae exceptio objici potest. aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non exsistente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

nicht überflüssig dürfte die bemerkung sein, dafs hier die exceptio rei judicatae nicht gegeben wird weil dem beklagten der betreffende anspruch aberkannt, sondern, wie in allen andern fällen, darum weil überhaupt über den anspruch er-

kannt ist; dafs aber in dem andern falle, wo der richter § 10.
den anspruch anerkennt und daher compensirt, durch die compensation die ansprüche völlig aufgehoben werden, daher eine zweite klage wegen derselben überhaupt unbegründet und nicht per exceptionem auszuschliefsen wäre.

wie der schuldner den fordrungen der gläubiger die eigenen ansprüche entgegenhält um seine absolution zu erwirken, ebenso kann zu gleichem zweck der pfandbesitzer wider den die actio hypothecaria anstrengenden pfandgläubiger sich auf die eigenen ansprüche an das pfand berufen. es geschieht dies indem der beklagte die exceptio rei sibi ante pignoratae vorschützt; und prüft nun der richter diesen anspruch des beklagten, so gilt auch diese untersuchung als actio über den betreffenden anspruch des beklagten, der demnach consumirt wird.

fr. 19 de exc. rei jud. (Marcellus l. 19 dig.) duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: egit posterior cum priore pignoraticia, et obtinuit; mox ille agere simili actione instituit. quaesitum est an exceptio rei judicatae obstaret? si opposuerit exceptionem rei sibi ante pignoratae, et nihil aliud novum et validum adjecerit, sine dubio obstabit: eandem enim quaestionem revocat in judicium.

fr. 30 § 1 eod. (Paulus l. 14 quaest.) cum autem pignoraticia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri ut de jure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri; et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de jure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione.

diese consumption ist der der vorgeschützten compensablen gegenfordrungen völlig analog. einen unterschied könnte man darin finden, dafs der anspruch des Numerius auf das pfand zur zeit der von Agerius angestellten klage, durch die auch

§ 19. dieser anspruch consumirt wird, noch gar nicht mittels klage geltend zu machen wäre, da Numerius noch im besitz des pfandes ist, vielmehr erst dann klagbar werden würde, wenn Numerius verurtheilt das pfand dem Agerius übergeben hätte. dieser unterschied aber konnte hinsichts der eintretenden consumption von keiner wirksamkeit sein. fordrungen die zur zeit noch nicht klagbar sind, können zwar bei der compensation nicht berücksichtigt werden[7]); doch konnte dies die consumption derselben durchaus nicht hemmen[8]), und es ist völlig gewifs dafs zur compensation gestellte und von dem richter geprüfte aber nicht fällig erfundene ansprüche des beklagten nicht zum zweitenmale gegenstand gerichtliches verfahrens werden durften. darin also weicht die behandlung des pfandanspruchs des besitzers von der compensabler gegenfordrungen des beklagten ab, dafs man ihn auch unklagbar berücksichtigt. aber dafs die consumption auch den unklagbaren anspruch erfafst, ist etwas beiden fällen gemeinsames und überhaupt der geltenden regel gemäfses.

schliefslich ist noch eine ähnliche anwendung der exceptio rei judicatae zu besprechen, die namentlich dem zuletzt besprochenen falle nahe verwandt erscheint. wenn Agerius vindicirt und durchdringt mit der klage wider den Numerius, und Numerius will nachher die rei vindicatio wider den Agerius anstellen, so steht ihm die exceptio rei judicatae entgegen. die ähnlichkeit beider fälle tritt besonders deutlich hervor, wenn man sich eine exceptio proprii dominii wider die vindication möglich denkt; dafs diese vorgeschützt ganz analog der eben betrachteten exceptio rei sibi ante pignoratae wirken und dem gemäfs die consumption der in ihr enthaltenen ansprüche herbeiführen müfste, liegt zu tage. nun war nach Römischer anschauung freilich eine exceptio dominii wider die eigenthumsklage unzulässig: aber diese un-

---

[7]) fr. 7 pr. de compens. von Ulpian.

[8]) vergl. oben § 7 s. 58 und folg.

zulässigkeit beruhte weniger auf der beschaffenheit des rechts § 10.
und der ansprüche des Numerius als vielmehr auf der gestaltung der formel mit der Agerius seine ansprüche verfolgte. die bedingung »nisi paret rem Numerii esse« war bereits in der intentio »si paret rem Auli Agerii esse« enthalten, und darum konnte sie nicht als exception besonders in die formel aufgenommen werden [9]). daher, giebt man zu dafs die ansprüche des beklagten auf die vindicirten sachen, falls dieselben mittels einer exception der richterlichen cognition unterworfen und als gegenstand der klage eingeführt worden wären, auch von der consumption hätten erfafst werden müssen, so ist sicher das kein grund die wirkungen der consumption zu beschränken, dafs man erkennt wie bei der eigenthumsklage die formel selber, ohne zusatz einer exceptio, den richter zwingt auch des beklagten recht und ansprüche in betracht zu ziehn und als res de qua agitur zu behandeln. im gegentheil, dafs die untersuchung der ansprüche des Numerius hier durch die einfache formel bedingt erscheint, macht den eintritt der consumption von den nebenumständen unabhängig, die zu berücksichtigen sind wenn eine exceptio ansprüche des beklagten als res de qua agitur bezeichnet und der consumption unterwirft. man vergleiche die worte im

> fr. 30 § 1 de exc. r. jud. respondi, si de proprietate fundi litigatum et secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei qui in priore judicio victus est obstituram rei judicatae exceptionem, quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur cum actor petitionem implet. quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem qui prius non obtinuit peteret, non obesset ei exceptio: nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur. cum autem ....

an welche die oben citirte stelle desselben fragments unmittelbar sich anschliefst, und

[9]) man vergleiche übrigens oben § 8.

§ 10. fr. 40 § 2 de procur. (Ulpianus l. 9 ad ed.) sed et is, qui quasi defensor, in rem actione convenitur, praeter solitam satisdationem judicatum solvi etiam de rato debet cavere. quid enim, si in hoc judicio rem meam esse pronuntietur, reversus ille, cujus defensor exstiterat, velit fundum vindicare? nonne ratum non videbitur habere quod judicatum est? denique si verus procurator exstitisset, vel ipse praesens causam suam egisset et victus esset, si a me vindicaret, exceptione rei judicatae summoveretur? et ita Julianus libro quinquagesimo digestorum scribit: nam cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse.

ganz gleiches wie bei der rei vindicatio gilt auch bei der hereditatis petitio.

fr. 15 de exc. r. jud. (Gajus l. 30 ad. ed. prov.) si inter me et te controversia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego nihil vetat et me a te et invicem te a me hereditatem petere. quodsi post rem judicatam a me petere coeperis, interest utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra: si meam esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio, quia eo ipso, quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse: si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua.

diese stelle weist uns aber auch auf einen nicht unerheblichen unterschied hin, der zwischen der consumption klägerischer fordrungen und der consumption der ansprüche des beklagten betreffs des zeitpunkts, mit dem die klagbarkeit erlischt, obwaltet. mit der litis contestation beginnt, wie wir gesehn, die actio; im moment der litis contestation sind die klägerischen ansprüche, die den gegenstand der klage bilden, unwandelbar bestimmt: darum tritt die consumption derselben stets mit der litis contestation zugleich ein, gleichviel übrigens ob die angestellte klage eine einfache oder eine duplex actio

ist. anders aber bei den ansprüchen die von dem beklagten § 10.
vorgebracht werden. Gajus in dem eben citirten fragment erklärt erst »post rem judicatam« die hereditatis petitio des belangten besitzers für unzulässig, »post rem in judicium deductam« gestattet er die zweite erbschaftsklage ausdrücklich. ebenso ist unbedenklich anzunehmen dafs, wenn der beklagte die fordrungen die er zur compensation gestellt hatte während der dauer dieses processes selber einklagen wollte, vielleicht der praetor die ertheilung der formel vorläufig aussetzen oder eine formel mit der exceptio doli geben konnte, keines falls aber der neuen klage die exceptio rei in judicium deductae entgegenstünde [10]). also obgleich hier bereits mit einer actio über die betreffenden ansprüche verhandelt wird, ist doch nicht sofort die zweite klage de eadem re unzulässig, vielmehr tritt in diesen fällen immer die consumption erst mit dem erkenntnifs ein.

der grund ist dafs im augenblick der litis contestation die ansprüche des beklagten thatsächlich noch nicht in judicium deducirt werden, da mit der litis contestation zwar die actio selber begonnen aber keine entscheidung darüber herbeigeführt wird, ob diese ansprüche gegenstand dieser actio sein werden oder nicht. bei den bonae fidei klagen dürfte es auch nach der litis contestation ganz im belieben des beklagten gestanden haben ob er sich auf seine compensablen gegenfordrungen beziehn wollte oder nicht, und stets scheint es dem ermessen des richters anheim gegeben worden zu sein ob er die compensation berücksichtigen wollte oder nicht [11]). erst wann er erkannte, entschied der judex hierüber definitiv; und unmöglich konnte man den anspruch als consumirt betrachten, hinsichts dessen gar nicht fest stand

[10]) zu berücksichtigen sind auch fr. 8 de compens. von Gajus und fr. 18 § 1 eod. von Papinian.

[11]) »si rationem compensationis judex non habuerit« im angeführten fr. 7 § 1 de compens. ähnlich im fr. 18 § 4 commodati, fr. 8 § 2 de neg. gest. und fr. 1 § 4 de contr. tut. act.

§10. ob derselbe gegenstand der klage geworden war oder werden würde. ähnliches mufs auch bei dinglichen klagen gelten. spricht der richter die sache dem kläger zu, so spricht er sie dem beklagten ab: dies erkenntnifs bezieht sich auf die ansprüche beider theile; weist aber der richter den kläger ab, so steht diese sentenz in keiner beziehung zu des beklagten ansprüchen. auch hier entscheidet also erst das erkenntnifs, ob die ansprüche des beklagten als gegenstand der klage zu betrachten sind, und früher darf daher auch hier die klagbare verfolgung derselben nicht gehemmt werden.

die hier entwickelten meinungen stehn mit den ansichten Kellers und vielleicht aller jetzigen Romanisten im directen widerspruch. ganz allgemein wird angenommen dafs überall, wo dem kläger die exceptio rei judicatae zu statten komme, diese in ihrer positiven function wirksam sein müsse[12]). die abweisung der zweiten klage würde hiernach nicht darum erfolgen, weil über die betreffenden ansprüche bereits einmal erkannt wäre, sondern weil der neue klagantrag dem positiven inhalt des ergangenen erkenntnisses widerspräche. hätten uns die quellen eine entscheidung erhalten, wo aus der dem beklagten günstigen sentenz dem kläger die exceptio rei judicatae erwüchse, so wäre kein zweifel möglich. aber freilich wo der richter die compensation begründet fand, liefs er sie wirksam werden und tilgte so die betreffende fordrung des beklagten, dafs nun der erste kläger wider dieselbe keines schutzes per exceptionem bedurfte; und sprach er die sache dem Agerius ab, so war über Numerius ansprüche kein erkenntnifs ergangen, also auch hier nach beiden ansichten kein grund zur ertheilung der exceptio. der einzige fall wo vielleicht ein wahrnehmbarer unterschied hervortreten könnte, wäre der wo die pfandklage wegen einer exceptio rei ante pignoratae abgewiesen würde. käme Agerius nachher in besitz des pfandes, ich würde ihm wider des Numerius hypothe-

[12]) man sehe z. b. Kellers Lit. Cont. § 28.

caria actio die exceptio rei judicatae geben, freilich aber auch § 10.
dem Numerius die replicatio »si secundum me judicatum non est« nicht versagen[13]).

wider Kellers auffassung der exceptio rei judicatae in den hier betrachteten fällen streitet zunächst alles was wider die angenommene duplicität überhaupt oben erinnert worden ist. für meine erklärung spricht dafs die annahme einer consumption der zur compensation gestellten fordrungen nothwendig erscheint in beiden fällen, so wol wo der richter durch die formel »quicquid alterum alteri dare facere oportet« solche fordrungen bis zu ihrem ganzen betrage, als wo derselbe durch das »quicquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona« sie nur bis zum belaufe der klägerischen ansprüche zu berücksichtigen angewiesen ist. analog mufste man auch eine consumption der von dem beklagten vorgeschützten eigenen pfandansprüche annehmen, und von der consumption der ansprüche aus dem pfandrecht zur consumption der eigenthumsansprüche war dann nur ein kleiner schritt. dagegen verkenne ich keineswegs dafs die erklärung der exceptio rei judicatae wider die vindication des besiegten beklagten aus den regeln der consumptionstheorie, aufserhalb des eben nachgewiesenen systematischen zusammenhangs betrachtet, manchem spitzfindig erscheinen mag. dennoch halte ich sie für richtig und Römischer anschauung gemäfs, da, abgesehn von eben jenem systematischen zusammenhange mit anderem ähnlichen, auch die historische entwicklung dieser auffassung sich entdecken läfst, wie dies schon oben angedeutet[14]) hier aber näher zu begründen ist.

---

[13]) wollte man fr. 16 § 5 de pignoribus vom Marcian auf diesen fall beziehen, so möchte diese erklärung nicht gezwungener sein als die meisten früher versuchten; auch die worte »nam dominium ejus vindicare non potest« liefsen sich vielleicht entsprechend auslegen. ich werde nachher ausführlicher auf die interpretation dieser schwierigen stelle eingehn.

[14]) vergl. oben § 2.

§ 10. sehr richtig hebt Keller mehrfach [15]) die zweiseitigkeit der sacramenti actio in rem hervor. bei der verhandlung in jure provocirt Agerius den Numerius:

quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco.

Numerius entgegnet:

similiter ego te.

dann wurde die wette geschlossen [16]). gewettet wird also einmal darüber dafs Numerius injuria vindicavit, zweitens darüber dafs auch Agerius injuria vindicavit, und es mufsten daher beider ansprüche geprüft, in judicium deducirt und consumirt werden. formell fiel diese zweiseitigkeit bereits bei der in rem actio per sponsionem hinweg, nicht etwa darum weil der sponsion keine restipulation entsprach, sondern weil, wie wir aus Gajus [17]) ersehn, nur über des Agerius, nicht über des Numerius recht an der sache eine sponsion geschlossen wurde. diese neue einkleidung des verfahrens zeugt von einer schärferen erfassung des rechtsverhältnisses bei der dinglichen klage. nur wenn der kläger bereits ein recht an der sache nachgewiesen, mufs das recht des beklagten in frage gezogen werden; wer selbst kein recht hat, darf auch denjenigen der einen ihm nicht gebührenden besitz ausübt nicht stören. man möchte annehmen, es habe der richter früher zuweilen erkennen müssen dafs jeder von beiden theilen mit unrecht vindicirt und also falsch gewettet hätte, wenn man nicht die vindication des besitzenden wenigstens dem unberechtigten gegenüber stets als gerechtfertigt betrachtete. dennoch verschwindet auch im neueren verfahren die duplicität der in rem actio nicht völlig. in dem ausspruch »hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse« liegt stets auch der andre entscheid »hominem ex jure Quiritium Numerii

[15]) Civ. Pr. § 14, § 15, vergl. auch die oben angeführte stelle aus § 72.

[16]) vergl. Kellers darstellung im Civ. Pr. § 15.

[17]) IIII § 91 — 95.

Negidii non esse«. hatte man also bei der alten legis actio §10.
per sacramentum das richterliche erkenntnifs stets auf das recht beider theile beziehn und das ganze verfahren auf beider ansprüche consumirend einwirken lassen müssen, so war es natürlich dafs man den eintritt der consumption jetzt auf die fälle beschränkte wo wirklich über beider ansprüche erkannt wurde, und also bei freisprechendem urtheil keine consumption wirksam werden liefs; wogegen im fall der condemnation, wo der richter mittelbar aussprach dafs Numerius keine ansprüche auf die sache habe, nach alter analogie und innerer consequenz dieser ausspruch als erkenntnifs über des Numerius ansprüche gelten und jedes spätere erkenntnifs über dieselben ansprüche ausschliefsen mufste.

wie aber diese betrachtungen dahin führen in gewissen fällen und namentlich auch bei der vindication eine consumption von ansprüchen des beklagten anzunehmen, und schon deshalb, wenn in eben diesen fällen wider spätere klagen des ersten beklagten die exceptio rei judicatae wirksam wird, diese einrede als organ der processualischen consumption zu betrachten ist, ebenso weist auch die exception selber darauf hin dafs sie nie, und also auch in den genannten fällen nicht, andern zwecken diente als der durchführung unserer regel »bis de eadem re ne sit actio«. der name freilich beweist wenig. »res judicata«[18]) ist eine sache, ein anspruch über den erkannt ist, wie »res in judicium deducta« der anspruch der vor den richter gebracht worden ist. diesen sprachgebrauch kannten noch die jüngsten pandektenjuristen. so sagt Modestin

fr. 1 de re jud.: res judicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit.

daneben aber wird der ausdruck »res judicata« vielfach, so bei den juristen wie bei andern schriftstellern auch schon des goldnen alters, zur bezeichnung der sentenz selber gebraucht. man vergleiche z. b. Cicero pro Cluentio 117 (42),

[18]) vergl. beilage I.

§ 10. contra P. Rullum II 8 (3), in M. Antonium XI 11 (5), mit fr. 65 § 2 ad SC. Trebellianum von Maecian und fr. 25 de statu hom. und fr. 12 § 3 de bonis libert. von Ulpian.

der name »exceptio rei judicatae« konnte also die einrede bezeichnen, die bestimmt ist den fall auszunehmen, wo eine res judicata, ein anspruch über den bereits erkannt ist, der richterlichen prüfung unterliegt: so überall wo die exception als organ der consumption wirksam ist. »exceptio rei judicatae« könnte aber, analog etwa der exceptio pacti, auch die einrede sein, wo der durchführung des eingeklagten anspruchs eine res judicata im andern sinne, eine sentenz materiell entgegenstünde. mag es nun wenig elegant scheinen dafs im namen der exceptio der ausdruck »res judicata« bald diese bald jene bedeutung trage, unmöglich wäre dies nicht, und so genügt der name der einrede nicht die natur derselben zu erkennen.

weit mehr aber vermögen wir aus der fassung der exception zu schliefsen. läfst sich nachweisen dafs dieselbe anders in negativer anders in positiver function gefafst wurde, so ist auch der beweis dafs den Römern bereits die zwiefache wirksamkeit der einrede bekannt gewesen erbracht. bisher aber hat meines wissens niemand diesen beweis zu liefern versucht; und so viel ich sehn kann, ist er aus den quellen, die uns jetzt zu gebote stehn, nie zu führen. sollte der gedanke auf den Keller und andre die wirksamkeit der exceptio rei judicatae in ihrer positiven function begründen, in der formel der einrede ausgesprochen sein, so müfste diese etwa gelautet haben:

extraquam si haec contra rem judicatam petantur

oder vielleicht:

extraquam si judicatum sit hanc pecuniam non deberi.

aber von solchen fassungen haben wir keine spur. dagegen scheint die regelmäfsige fassung der exceptio

si ea res judicata non sit inter me et te

oder doch ähnlich gelautet zu haben. man vergleiche fr. 9 § 10. § 2 de exc. rei jud. und fr. 11 § 3 eod. von Ulpian und fr. 24 eod. von Julian; und zwar ist diese letzte stelle, die nicht der exceptio aber der durchaus entsprechenden replicatio rei judicatae erwähnung thut, um so gewichtiger als Keller[19]) die wirksamkeit dieser replicatio hier aus dem positiven inhalt des erkenntnisses zu erklären sucht. Julian deutet den inhalt der replik mit den worten an:

at si res judicata non sit.

es soll die exceptio dominii ausgeschlossen sein, weil überhaupt eine res judicata, gleichviel in welchem sinn, vorhanden ist. wie erkannt ist, dafs das erkenntnifs materiell der neuen klage widerspricht, drückt sich in den formelworten dieser replik nicht aus. allerdings aber kamen auch auf den positiven inhalt eines erkenntnisses sich beziehende replicationen vor, z. b.

si secundum me judicatum non est[20]).

wir sind aber durch nichts berechtigt eine analoge bildung der exceptio rei judicatae anzunehmen, ja wir wissen nicht einmal ob man einer solchen replik je den namen »replicatio rei judicatae« beigelegt; wenigstens drückt Ulpian[21]) sich sehr vorsichtig aus:

replicare eum oportere de re secundum se judicata.

sehr beachtenswerth aber für die formulirung der exceptio rei judicatae ist auch die von Cicero[22]) angedeutete fassung der exceptio rei in judicium deductae:

quod ea res in judicium antea venisset.

nach all diesem glaube ich nicht dafs wir uns die exceptio rei judicatae je anders als dem angeführten schema entsprechend gefafst denken dürfen; und ist dies der fall, und beriefen sich die worte dieser einrede stets nur darauf dafs

[19]) Lit. Cont. § 20.
[20]) fr. 16 § 5 de pig. von Marcian.
[21]) fr. 9 § 1 de exc. r. jud.
[22]) de oratore I 168, s. oben § 7.

§ 10. die res judicata sei, nie darauf dafs eine res judicata dem anspruch entgegenstehe, so müssen wir annehmen dafs nach Römischer ansicht jede exceptio rei judicatae auf dem dasein, keine auf dem materiellen inhalt der sentenz beruhte, mithin dafs diese exception überall als organ der consumption wirkte.

zu betrachten sind schliefslich noch die aussprüche der juristen in den bereits angeführten stellen über die begründung der exceptio rei judicatae, wo dieselbe die nachfolgende vindication des besiegten besitzers ausschliefst. Paulus sagt[23]):

> obstituram rei judicatae exceptionem quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur cum actor petitionem implet.

also überhaupt weil »quaesitum est de jure«, ist die neue klage unzulässig, nicht weil die untersuchung dem jetzigen kläger ungünstig ausfiel. zweideutiger sind die worte von Gajus[24]):

> nocebit tibi rei judicatae exceptio, quia eo ipso quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum esse videtur tuam non esse;

und Ulpian[25]):

> cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse.

man kann sie mit Keller direct auf den positiven inhalt der erkenntnisse beziehn, man kann sie aber füglich auch so wiedergeben: wenn die sache mir zugesprochen wird, wird zugleich über dein recht, und zwar verneinend, entschieden, und eben weil entschieden ist über dein recht, darum steht mir die exceptio zu. dafs übrigens der ausdruck der juristen uns hier nicht als ein scharf bezeichnender erscheint, kann wenig auffallen, da bei der mehrzahl der pandektenfragmente der sinn völlig bestimmt und erschöpfend nicht aus den worten der einzelnen stelle, sondern nur aus der vergleichung mit andern erkennbar sein dürfte. nach der art und weise wie

[23]) fr. 30 § 1 de exc. r. jud.
[24]) fr. 15 de exc. r. jud.
[25]) fr. 40 § 2 de procur.

die compilation durchgeführt worden, konnte dies nicht wol anders sein. hätten wir noch die vollständigen commentare von Ulpian und Gajus zum edict und respective zum provincialedict, schwerlich wären wir im zweifel darüber ob diese juristen der exceptio rei judicatae auch eine positive function zugeschrieben oder nicht, und auch jene worte würden uns nicht zweideutig scheinen können. §10.

§ 11. Verhältnifs der subjecte der res zu den subjecten der actio.

Betreffs des verhältnisses der actio zur res bleibt jetzt nur noch zu erörtern, welche subjectiven beziehungen zwischen beiden obwalten müssen um die klage eben als klage über einen bestimmten anspruch gelten zu lassen. bei jeder res steht ein berechtigter einem verpflichteten, bei jeder actio ein kläger einem beklagten gegenüber; die frage liegt nahe ob stets der berechtigte kläger und der verpflichtete beklagter sein müsse damit die actio auf die betreffende res sich beziehe, oder welche anderen personen aufser dem berechtigten und dem verpflichteten zur anstellung und wieder zur übernahme der klage befugt seien. §11.

um hierüber zu richtiger einsicht zu gelangen müssen wir, ohne übrigens den details der folgenden untersuchungen vorzugreifen, ausgehn von der anschauung der wirkungen die eine vollgültige actio ausübt auf die res, auf welche sie sich bezieht. als zweifellos kann vorausgesetzt werden dafs die klage über eine wirklich vorhandne res, wenn anders materielles und formelles recht nicht auseinandergehn, dem kläger eine neue klagbare fordrung, actio judicati, und zwar wider den beklagten schafft, wogegen nach maafsgabe unserer regel der berechtigte seine res, den eingeklagten anspruch an den verpflichteten verliert. in dem falle nun wo der berechtigte kläger und der verpflichtete beklagter ist, leuchtet die innere gerechtigkeit dieser entwicklung ein. der

§ 11. berechtigte bleibt berechtigt, der verpflichtete verpflichtet, und nur die beschaffenheit der zwischen beiden bestehenden obligation ändert sich. anders aber wenn nicht gerade der berechtigte kläger und nicht der verpflichtete beklagter wäre. da nach dem wesen des Römischen processes stets der beklagte dem kläger verurtheilt wird, so folgt dafs nur der kläger die actio judicati bekommen, und diese klage nur wider den beklagten gehn kann; dagegen würde, wenn die angestellte klage als wirksame actio über die betreffende res gilt, der berechtigte seinen anspruch verlieren und der verpflichtete dieser seiner verbindlichkeit los und ledig werden.

eine bekannte regel des Römischen rechts ist dafs jemand ohne eigenes wissen und wollen durch handlungen dritter in eine vortheilhaftere, nicht aber in eine ungünstigere lage versetzt werden könne. so lehrt Gajus[1]):

> solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate ejus non potest jure exigere: naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse;

und[2]):

> solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.

eben diesen satz wendet Ulpian auf die stipulationen an[3]):

> si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore, dotis nomine, stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est: quid enim interest, ipsa, an alius quilibet promittat? quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi animo hoc intervenit,

[1]) fr. 39 de neg. gest.
[2]) fr. 53 de solut.
[3]) fr. 8 § 5 de novat.

uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter libe- §11.
ratur. non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur: liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiam si nolim.

dieselbe regel mufste auch bei der klaganstellung und klagübernahme seitens anderer personen als der ursprünglichen subjecte der res wirksam werden. wer eine fremde fordrung einklagt, nimmt dem berechtigten ein recht und schafft dafür sich selber einen vortheil, wer aber für eine fremde schuld sich ausklagen läfst, der befreit den verpflichteten von der verpflichtung und unterzieht dagegen sich selber einem anspruch. daher leuchtet ein dafs im allgemeinen eine vertretung des berechtigten bei der klaganstellung ohne wissen und willen desselben nicht zu gestatten war, wogegen die vertretung des verpflichteten bei der klagübernahme gleichen beschränkungen nicht zu unterliegen brauchte.

aussprüche der alten juristen, die den allgemeinen satz enthielten, zur klaganstellung sei wider willen und wissen des berechtigten niemand zuzulassen, wüfste ich im augenblick nicht anzuführen: doch ist der satz selber darum nicht minder gewifs, da alle fälle in denen ein vertreter des berechtigten wider wissen und willen desselben zur klaganstellung verstattet werden, als ausnahmen sich darstellen, bei denen die zulassung des vertreters theils aus der unfähigkeit des berechtigten die klage anzustellen, theils daraus zu erklären ist, dafs der berechtigte zur übertragung der klage verpflichtet gewesen, diese aber dennoch aus irgend welchem grunde unterblieben. dagegen wird ausdrücklich ausgesprochen dafs im allgemeinen jeder unabhängig vom willen und wissen des verpflichteten befugt sei eine klage zu übernehmen. so sagt Pomponius [4]):

solutione, vel judicium pro nobis accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus.

---

[4]) fr. 23 de solutionibus.

§ 11. man vergleiche fr. 20 pr. de int. in jure von Paulus und fr. 1 § 24 de exercit. act. von Ulpian.

analog ist auch dafs unabhängig von dem willen des schuldners als bürge dem gläubiger gegenüber sich verpflichten kann wer will, die regrefsklagen aber wider den schuldner nur hat wer sich nach des schuldners willen verbürgt. man sehe fr. 6 § 2 mandati von Ulpian, fr. 40 eod. von Paulus, und fr. 53 eod. von Papinian.

prüfen wir nun die einzelnen fälle in denen berechtigte und verpflichtete bei anstellung und übernahme der klage von dritten vertreten werden können.

§ 12. Vertreter des berechtigten bei der klaganstellung.

§ 12. Wir beginnen mit der vertretung des berechtigten, und zwar zunächst mit derjenigen die mit dem wissen und gemäfs dem willen desselben statt findet. Gajus sagt [1]):

> nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. alieno, veluti cognitorio procuratorio tutorio curatorio: cum olim, quo tempore erant legis actiones, in usu fuisset alterius nomine agere non licere nisi pro populo et libertatis causa.

den grund, weshalb zur zeit der legisactionen eine stellvertretung bei anstellung der klagen der regel nach nicht zulässig war, haben wir in der äufseren gestaltung des alten processes zu suchen. wir wissen dafs ausnahmen von dieser regel in gewissen fällen, dringendem bedürfnifs zu entsprechen, zugelassen wurden, und dafs Gajus diese ausnahmsfälle nicht vollständig aufzählt. da aber auch alle anderen über dieselben uns erhaltenen quellenzeugnisse höchst dürftig sind, so ist es sehr schwierig die einzelnen fälle, in denen man bei den legisactionen vertreter der berechtigten zuliefs, mit genügender

[1]) IIII 82.

sicherheit zu bestimmen [2]); völlig unmöglich aber ist es aus § 12.
jenen ganz spärlichen andeutungen irgend allgemeines über das verhältnifs dieser vertreter zu den vertretenen abzuleiten, so dafs wir uns sofort der betrachtung späterer zeiten zuzuwenden haben.

der formularproceſs enthält nichts wodurch ein persönliches erscheinen der parteien vor gericht bedingt würde. so mögen wir annehmen dafs mit seiner einführung jene engen schranken fielen, die wenigstens auf seiten des klägers früher die processualische vertretung begrenzt hatten. doch war auch hier der entwicklungsgang des Römischen rechts kein plötzlich forteilender. während der ersten zeit des formularprocesses blieb die zulassung von vertretern an gewisse voraussetzungen in der person des berechtigten und an die beobachtung bestimmter formen geknüpft. zu bemerken ist dafs bei Plautus advocati, die freunden oder clienten vor gericht beistand leisten, sehr häufig erwähnt werden [3]), spuren wirklicher vertretung im proceſs aber in seinen stücken nicht zu finden sind. Terenz nennt mehrmals einen defensor [4]), jedoch nicht so dafs dies wort nothwendig einen processualischen vertreter bezeichnen müsse. vertreter des klägers dürften auch in seinen stücken nicht vorkommen. der auctor ad Herennium [5]) führt als »jus quod ex aequo et bono constat« an, dafs »major annis 60« und »cui morbus causa est« stets einen cognitor bestellen dürfe. Cicero erwähnt vertreter beider parteien häufig, und dafs solche vertretung klägerischerseits nur in bestimmten fällen gestattet gewesen, sagt er nirgends. ob wir hieraus schliefsen dürfen dafs der rechtszu-

[2]) man vergleiche die übersichtlichen darstellungen dieser fälle bei Puchta Inst. II § 156 und Keller Civ. Pr. § 54.

[3]) man vergl. z. b. Amphitruo IIII 3 v. 4—6; Bacchides II 3. v. 27; Casina III 3 v. 5—7; Epidicus v. 41—42; Menaechmi IIII 2 v. 1—30; Rudens III 6 v. 52—53.

[4]) Andria IIII 5. v. 18 und Eunuchus IIII 6. v. 32.

[5]) II 20. (13).

§ 19. stand so bald nach der zeit des auctor ad Herennium sich geändert, mag dahin gestellt bleiben[6]). gewifs aber ist dafs seit dem edictum perpetuum die fälle wo die zulassung von cognitoren nicht gestattet war als ausnahmen betrachtet werden mufsten[7]).

zu unterscheiden von allen andern processualischen vertretern sind die cognitoren, ausgezeichnet zunächst dadurch dafs sie von der eigenen partei in gegenwart des gegners mit sollennen worten zu vertretern in bestimmter sache bestellt wurden. ob zu Ciceros zeit bereits nicht zu cognitoren ernannte vertreter, procuratoren, zur klaganstellung befugt gewesen, ist fraglich. dagegen scheint zu sprechen

> pro Q. Roscio 53 (18): alteri nemo potest (petere) nisi qui cognitor est factus.

doch mag, was Cicero in der hitze des kampfs behauptet, nicht immer vollen glauben verdienen[8]). wichtiger scheint daher eine stelle aus Brutus[9]):

> mihi quoque, inquit Brutus, exspectanda sunt ea quae Attico polliceris, etsi fortasse ego a te hujus voluntarius procurator petam, quod ipse cui debes se incommodo exacturum negat. at vero, inquam, tibi ego, Brute, non solvam nisi prius a te cavero amplius eo nomine neminem, cujus petitio sit, petiturum. non mehercle, inquit, tibi repromittere istuc quidem ausim.

auf einen cognitor bezieht sich diese anspielung offenbar nicht, doch bleibt zu erwägen ob der redende überhaupt ein gerichtliches beitreiben der fremden schuld im sinne hatte.

über cognitoren und die rechtsverhältnisse derselben haben wir nicht wenig nachrichten, und aus verschiedenen quellen. dennoch bleiben viel zweifel. schon wie der name zu erklären sei, macht schwierigkeiten. auch in criminalprocessen

---

[6]) vergl. Keller Civ. Pr. § 54.
[7]) Vat. fr. § 322—4.
[8]) vergl. Keller Civ. Pr. n. 646.
[9]) 17, 18 (4, 5).

werden cognitoren genannt, und hier scheint die bedeutung § 12.
der benennung leichter zu erkennen. man vergleiche was Cicero sagt:

> in Verrem II 5 167 (65) homines tenues obscuro loco nati navigant, adeunt ad ea loca quae nunquam antea viderunt, ubi neque noti esse iis quo venerunt neque semper cum cognitoribus esse possunt.

und dann ebenda 168 [10]):

> quid si L. Precium equitem Romanum, qui tum in Sicilia erat, nominabat? etiamne id magnum fuit Panormum litteras mittere? asservasses hominem custodiis Mamertinorum tuorum; vinctum clausum habuisses dum Panormo Precius veniret, cognosceret hominem. aliquid de summo supplicio remitteres, si ignoraret. tum si ita tibi videretur, hoc juris in omnes constitueres ut, qui neque tibi notus esset neque cognitorem locupletem daret, quamvis civis Romanus esset, in crucem tolleretur.

hiernach also ist der cognitor »qui cognoscit reum«, und der somit im stande ist über die persönlichkeit desselben zeugnifs abzulegen. aber hiermit scheint die stellung der cognitoren im civilprocesse niemals in je welcher verbindung gestanden zu haben, und auch der »civis Romanus C. Claudius Palatina«, den Verres [11]) bei einer res capitalis dem abwesenden angeklagten Sthenius »cognitorem adscribit«, wird nicht berufen um anzugeben ob ihm Sthenius, und was ihm von demselben, bekannt sei, sondern um diesen bei der untersuchung, ganz ähnlich wie in einem civilprocefs, zu vertreten. diese processualischen vertreter dürften wol zumeist darum cognitores genannt sein, weil sie den rechtlichen anspruch der partei die sie vertraten genau kennen mufsten. so sagt Cicero [12]):

---

[10]) vergl. auch in Verr. I 13 (5).
[11]) in Verr. II 2. 94—110 (38—44).
[12]) divinatio II (4).

§ 12. me cognitorem juris sui, me actorem causae totius esse voluerunt;

und Asconius zu dieser stelle:

qui defendit alterum judicio aut . . . ., aut cognitor si praesentis causam novit et sic tuetur ut suam.

es scheint übrigens dafs diese thätigkeit, als cognitor fremde processe zu führen, in Rom von einzelnen personen bald eben so gewerbmäfsig betrieben wurde wie in früherer zeit wol die thätigkeit eines adstipulators [13]). so wirft Cicero [14]) dem Aebutius vor er sei »mulierum assentator, cognitor viduarum, defensor nimium litigiosus«. ein vorfahr des kaiser Vitellius sollte »sectionibus et cognituris [15])« ein bedeutendes vermögen gesammelt haben. wie ein solcher vielgeübter cognitor sich denen empfehlen mochte deren sache zu führen ihm vortheil versprach, lernen wir von Horaz [16]):

jus anceps novi, causas defendere possum.
eripiet quivis oculos citius mihi quam te
contemptum cassa nuce pauperet. hacc mea cura est,
ne quid tu perdas neu sis jocus.

und sehr wohl passen zu diesen schilderungen Ovids viel bestrittene verse [17]):

aptius hae capiant vadimonia garrula cerae,
quas aliquis duro cognitor ore legat.

zu betrachten ist hier auch eine stelle des Manilius [18]):

non illo coram digitos quaesiverit hasta
defueritque bonis sector, poenamque lucretur
noxius et patriam fraudarit debitor aeris;
cognitor est urbis.

wiederum sehn wir cognituren und sectionen nebeneinander-

---

[13]) vergl. Rudorff zu Puchta Inst. II 156 n. l.
[14]) pro Caecina 14 (5).
[15]) Suetonius in Vitell. 2.
[16]) sat. II 5. 34—5.
[17]) amor. T. 12. v. 23—24.
[18]) astronomicon 319—22.

stehn als mittel durch die, wer sich eben nicht scheut auch §12.
schmutz anzufassen, wol geld verdienen mag. doch bleibt fraglich als wessen vertreter der hier genannte cognitor zu betrachten ist. »cognitor est urbis« kann heifsen, er ist vertreter der ganzen stadt, aller welt; wer ihn haben will, hat ihn als helfer. der ausdruck »cognitor est urbis« kann aber auch den vertreter der stadt selber bezeichnen sollen, gerade den also der einklagt was ein noxius der patria schuldet. es bleibt der zweifel ob der held des Manilius nur mit sectionen und popularklagen geld zu verdienen wufste, oder nebenbei auch als cognitor im dienst guter und schlechter freunde sich nützlich zu beschäftigen pflegte.

betreffs der formellen bestellung eines cognitors ist, so specielles Gajus [19]) berichtet, dennoch manches wenig gewifs [20]). noch erheblicher sind die bedenken die sich an die formel der von dem cognitor anzustrengenden klage anknüpfen. Gajus sagt im allgemeinen [21]):

> qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.

dagegen ist aus den Vaticanischen fragmenten [22]) bekannt dafs, wo ein cognitor processirt hatte, die actio judicati dem dominus, und ebenso auch wider den dominus, gegeben wurde; wogegen der procurator, der geklagt hatte, die actio judicati selber erhielt und selber übernehmen mufste. insoweit beide nachrichten auf den procurator sich beziehn, vertragen sie sich sehr wohl. Römischen rechtsanschauungen durchaus gemäfs erscheint es dafs, wem der beklagte verurtheilt ward, der selber die actio judicati bekam, wie dafs umgekehrt diese klage gerade wider den verurtheilten ging. aber wo ein

[19]) IIII 83.

[20]) man vergl. Huschke in der Zeitschrift f. g. R. W. XIII mit Puchta Inst. II § 156 und Keller Civ. Pr. §. 52.

[21]) IIII 86.

[22]) § 317; man vergl. Paulus sent. rec. I 2. § 4.

§ 19. cognitor klagte, soll der beklagte diesem verurtheilt worden sein und dennoch der dominus, dem niemand verurtheilt war, die klage aus dem urtheil gehabt haben, und im andern falle die judicatsklage wider den dominus gegangen sein, der wiederum selber nicht verurtheilt war. dafs dies zu Gajus zeit durch die vermittelung von actiones utiles möglich gewesen, ist freilich zuzugeben: aber wir wissen dafs schon mindestens zwei jahrhunderte vor Gajus cognitoren häufig processirten, zu einer zeit die gewifs wenig utiles actiones kannte. hier treten die angeregten bedenken scharf hervor. die worte der manus injectio möchte sicher niemand so formuliren:

quod tu Gajo judicatus es X, ob eam rem ego Aulus tibi X judicato manus injicio,

und eben so wenig dürfen wir annehmen dafs gleich nach aufhebung der legisactionen kein praetor anstand genommen haben sollte dem, und respective wider den, die judicatsklage zu geben, den das urtheil gar nicht nannte[18]). beide rechtsregeln, dafs, wo irgend ein vertreter im procefs auftritt, die condemnatio auf den namen des vertreters gestellt, und dafs, wo ein cognitor processirt, die actio judicati dem dominus und wider denselben gegeben werde, können daher nicht wol gleich alt sein, dürften wenigstens zur zeit der einführung des formularprocesses nicht schon neben einander bestanden haben.

aus den quellen die uns zu gebote stehn die geschichtliche entwicklung dieser lehren zweifellos festzustellen dürfte nicht möglich sein; daher müssen conjecturen hier gestattet werden: nur darf man bei denselben nicht vergessen dafs sie eben nur auf wahrscheinlichkeit beruhn. Schmidt und Huschke treffen dahin überein der zweitgenannten regel höheres alter zuzuerkennen: dem früheren rechte sei eine processualische

[18]) diese bedenken sind bereits reiflich erwogen von C. A. Schmidt in seiner ausgabe der oratio pro Q. Roscio p. 25 s. und von Huschke in der recension dieses werks krit. Jahrbücher 1840; zu vergleichen ist auch Huschke in der Zeitsch. f. g. R. W. b. XIII s. 304 f.

vertretung ohne wesentlichen einfluſs auf den gang des pro- §12.
cesses bekannt gewesen; trotz der bestellung eines cognitors sei der beklagte dem kläger verurtheilt worden. daſs schon im legisactionsprocesse cognitoren dieser art aufzutreten pflegten, kann, bei dem gänzlichen mangel an quellenzeugnissen für diese conjectur, nicht als wahrscheinlich betrachtet werden, zumal wenn man annimmt daſs adstipulatoren früher häufig die cognitoren ersetzten. mehr innere wahrscheinlichkeit dürfte die annahme haben, daſs im formularproceſs der cognitor zuweilen gar nicht in der formel genannt worden und vielleicht erst in judicio bestellt sei.

suchen wir was wir wissen, so wenig es sei, von dem was wir vermuthen mögen scharf zu sondern. Cicero sagt:

> pro Q. Roscio 53 (18). quid interest inter eum qui per se litigat et qui cognitor est datus? qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus, itane vero? cognitor si fuisset tuus, quod vicisset judicio, ferres tuum. suo nomine petiit; quod abstulit, sibi, non tibi exegit.

wir sehn hieraus daſs der cognitor »petit, judicio vincit, aufert aliquid«, was dann freilich nicht bei ihm bleiben sondern an den dominus kommen soll. und vergleichen wir was überhaupt Cicero über die klage sagt[14]), für die Roscius den Chaerea zum cognitor ernannt hatte, und wie er dann wieder über die wirkungen des von Roscius mit dem beklagten geschlossenen vergleichs sich ausläſst:

> cur tam imperite facit ut nec Roscium stipulatione alliget neque a Fannio judicio se absolvat,

und

> cum de tota lite faceret pactionem, neque satis acciperet a Roscio, neque judicio absolveretur a Fannio,

wonach ein »judicio absolvi a Roscio« völlig aufser den grenzen der möglichkeit zu liegen scheint, so können uns wenig zweifel

[14]) pro Q. Roscio 27 (10) s.

§ 12. bleiben dafs in der condemnation der klagformel wenigstens, mit der Fannius so die eignen wie des Roscius ansprüche wegen tödtung des gemeinsamen sklaven wider den Flavius Tarquiniensis eingeklagt, nur des Fannius und nicht auch des Roscius name genannt worden. wenn Cicero an anderer stelle[25]) sich aufhält über die formel

> L. Octavius judex esto. si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur,

und dieselbe für eine durchaus ungerechte und unerhörte ausgiebt, so dürfen wir wol nicht mit Puchta[26]) annehmen dafs dennoch zu Ciceros zeit schon täglich diese formel vorgekommen und von Verres nur falsch benutzt worden sei; denn auch dafs die Rutiliana actio im jahr 678 bereits eingeführt gewesen, dürfte noch nicht bewiesen sein[27]). aber was hindert uns anzunehmen dafs die rei vindicatio also gefafst worden?

> si paret hominem Auli Agerii esse, neque eum Numerius Negidius Aulo Agerio restituet, quanti ea res erit, Numerium Negidium Publio Maevio (cognitori) condemna.

das »nisi restituet« der condemnation im sinne des Gajus IIII 86 zuzurechnen zwingt uns nichts; die restitution an den dominus lag in der absicht der betheiligten, und war auch gewöhnlich sehr wohl möglich, da der cognitor der regel nach für einen anwesenden[28]) auftrat. seltsam ist die vertretung eines angeklagten durch einen cognitor, zumal es völlig gewifs ist dafs aus derselben gar keine gefahr für den cognitor sich ergab[29]). vielleicht wäre dies auch als argument für

[25]) in Verr. II 2. 31 (12).

[26]) Inst. § 166. n. v.

[27]) vergl. auch Dernburg, Emptio bonorum § 15.

[28]) s. namentlich Paulus Diaconus ex Festo v. cognitor.

[29]) Verres adscribirt dem angeklagten Sthenius den Claudius Palatina von dem Cicero sagt »omnium mortalium Sthenio nemo inimicior«, und »is est Claudius qui in Sicilia sequester istius (Verris) interpres contector negotiorum numerabatur« (in Verr. l c.).

die angenommene möglichkeit, dafs nicht immer die condemnatio auf den namen des cognitor gestellt worden, zu benutzen. § 12.

dafs das edictum perpetuum auf die regeln, die über fassung der klagen von processualischen vertretern jeglicher art, so wie über das verhältnifs derselben zur actio judicati galten, von entscheidendem einflufse gewesen, ist wol sehr wahrscheinlich. im widerspruche zur gewöhnlichen meinung, die durch die bereits angeführten stellen der Vaticanischen fragmente und der sententiae receptae keineswegs erwiesen wird, glaube ich annehmen zu müssen dafs auch nach dem edict, wo ein cognitor geklagt hatte, der dominus die actio judicati nur als utilis actio erhielt, und ebenso diese klage nur als utilis wider den dominus gegeben wurde. man betrachte fr. 28 de procur. von Ulpian:

> si procurator meus judicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti judicati actio mihi indulgetur. sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilominus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur; quae res facit ut procurator meus, ex stipulatu agendo, exceptione debeat repelli, sicuti cum agit judicati non in rem suam datus, nec ad eam rem procurator factus. per contrarium autem, si procurator meus judicatum solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur. sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec judicati mecum agi potest.

bereits Keller [30]) hat bemerkt dafs in dieser stelle ursprünglich vom cognitor die rede gewesen und erst die compilatoren diesen durch den procurator ersetzt haben. demnach sehn wir dafs, wenn der cognitor, non in rem suam datus, zu Ulpians zeit die judicati actio anstrengte, er keineswegs zurückgewiesen wurde weil diese klage ihm gar nicht zustehe, vielmehr eine doli exceptio diese abweisung vermitteln

[30]) Lit. Cont. § 41.

§ 19. mufste; andererseits aber weist der ausdruck »judicati actio mihi indulgetur« darauf hin, dafs diese klage dem herrn nach strengem recht nicht zusteht. genau genommen bestand also jetzt der unterschied zwischen den positiven wirkungen der klagen eines cognitors und denen eines procurators darin, dafs aus jenen der dominus immer, aus diesen nur unter gewissen bedingungen, etwa wenn der procurator gestorben wäre oder sich alles vertrauens unwürdig gemacht hätte, die actio judicati utilis erhielt, wogegen die actio directa von dem procurator regelmäfsig, von dem cognitor aber nur unter besondern voraussetzungen, z. b. wo er speciell zur anstellung dieser klage beauftragt worden, angestrengt werden konnte. da aber die utilis und die directa judicati actio völlig gleich wirkten, so konnte man von der verschiedenheit beider leicht absehn und den geltenden rechtszustand kurz so bezeichnen: aus der klage des cognitor erhalte der dominus, aus der des procurator dieser selber die judicatsklage.

hiernach dürfte nur zweierlei als gewifs anzusehn sein: einmal dafs die klage bei der ein cognitor nicht in rem suam datus den dominus vertritt, was den letzten erfolg betrifft, stets nur dem dominus vortheil verschafft und respective wider denselben wirkt; zweitens dafs, wo der name des cognitors in den klagformeln genannt wurde, der genannte erfolg zu allen zeiten nur auf indirectem wege zu erreichen war. wie man anfänglich aus der auf den namen des cognitors gestellten condemnatio rechte und verpflichtungen des dominus herzuleiten gesucht, mufs dahingestellt bleiben[21]); ebenso die entscheidung der andren frage, ob die namentliche nennung des cognitor in der klagformel in gewissen fällen unterbleiben konnte. die möglichkeit einen cognitor in rem suam zu bestellen dürfte auch dafür sprechen, dafs schon in älterer zeit der beklagte dem cognitor condemnirt zu werden pflegte.

---

[21]) man vergl. übrigens auch den folgenden paragraphen nach n. 13.

wenden wir uns nun der betrachtung der consumiren- §12.
den wirkungen von processualischen vertretern angestellter klagen zu, so ist sofort klar dafs, wo die klage des vertreters als klage über die res gilt, eine zweite klage über dieselbe res nicht gestattet werden kann, mithin jene erste klage diese res consumirt. wir haben gesehn dafs eben wegen dieses erfolges die regel sich bildete, niemand könne ohne einwilligung des berechtigten über eine bestimmte res eine klage erheben. andererseits aber haben wir wahrgenommen dafs die zulassung von processualischen vertretern zu verschiedenen zeiten von verschiedenen andern, weniger durch die natur dieses rechtsverhältnisses selber vorgeschriebenen, bedingungen abhängig war; wie denn im legisactionsprocesse vertreter überhaupt nur in wenigen fällen, im ältesten formularprocefs wahrscheinlich nur cognitoren, und auch diese nicht überall, endlich aber auch procuratoren immer, einzelne ausnahmen abgerechnet, zur klaganstellung verstattet wurden.

wo ein cognitor klagte, war der wille des dominus, der denselben unter beobachtung bestimmter förmlichkeiten zu seinem vertreter bei dieser klage ernannt hatte, unzweifelhaft. es war daher überall gewifs dafs eine solche klage als actio über die res des berechtigten betrachtet werden mufste; oder, um einen ausdruck zu gebrauchen der von den alten juristen gerade mit bezug auf die processualischen vertreter häufig benutzt wird, es konnte nie in zweifel gezogen werden dafs des cognitor klage die res in judicium deducire und, als unausbleibliche folge hiervon, zugleich consumire [33]).

bei den klagen eines procurators hatte man der regel nach keine gleiche gewifsheit über den willen des berechtigten, zumal dieser in älterer zeit meist als absens zu denken ist. hatte er wirklich ein mandat ertheilt, so konnte er dasselbe inzwischen revocirt haben; vielleicht auch war es durch

[33]) vergl. Gajus IIII 97, 98.

§ 12. seinen tod erloschen.. dennoch wäre die sentenz die in dem wider willen des berechtigten unternommenen rechtsstreit erginge, keineswegs nichtig gewesen. gewifs ist dafs, was aus ihr gezahlt worden wäre, von dem verurtheilten beklagten nicht hätte condicirt werden können [33]). eben so gewifs aber ist dafs die klage des berechtigten durch die klaganstellung des unbefugten vertreters nicht consumirt war: denn die erhobene klage galt ja nicht als actio über die betreffende res, und es war daher kein grund vorhanden eine klage über diese res zu verweigern. von dem beklagten konnte niemand verlangen dafs er mit einem angeblichen vertreter des berechtigten sich einlasse, so lange die möglichkeit blieb dafs nachher auch noch der berechtigte selbst wegen derselben sache klagend auftreten könne. um dem beklagten hier die nöthige sicherheit zu gewähren, verpflichtete man allgemein den procurator, der klagend auftreten wollte, eine satisdatio »ratam rem dominum habiturum« zu leisten. diese regel galt noch zu Gajus zeit [34]), wiewol man andererseits überall, wo ein gültiges mandat zur klaganstellung ertheilt war, eine consumption der betreffenden res durch die klage annahm [35]). auch von der verpflichtung zur cautionsleistung waren höchst wahrscheinlich schon damals mehrfache ausnahmen anerkannt; man vergleiche

c. 1 de procur. (Divus Pius A. Severo): cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est an ei negotium mandatum sit [36]).

---

[33]) vergl. fr. 74 § 2 de judiciis von Julian.

[34]) Gajus IIII 98.

[35]) vergl. z. b. fr. 25 § 2 de exc. r. jud. und fr. 22 § 8 rat. r. hab. von Julian, fr. 12 de pact. fr. 40 § 2 de procur. und fr. 11 § 7 de exc. r. jud. von Ulpian, der sich zum theil auf ältere gewährsmänner bezieht, und c. 10 de procur. von Alexander.

[36]) wenn Keller (Lit. Cont. § 40) dafs diese constitution uns nicht ächt erhalten sei vorzüglich darum annimmt weil spätere juristen die cautio de rato von jedem procurator absentis erfordern, so ist dagegen

einzelne fälle in denen man in späterer zeit wegen ge- § 12.
nügender gewifsheit über das vorhandensein des mandats eine caution vom procurator nicht erforderte, waren folgende: wenn der procurator für einen gegenwärtigen processirte, Vaticana fragmenta § 317 § 331 — 35, fr. 65 de procur. von Modestin; wenn die bestellung des procurators in einer eingabe an den princeps von dem dominus bekannt war, fr. 21 rat. rem hab. von Ulpian; wenn die ernennung des procurators dem gegner schriftlich von dem dominus mitgetheilt war, fr. 65 citat. in solchen fällen blieb denn auch eine spätere willensänderung des dominus auf die wirksamkeit der bereits eingeleiteten klage ohne einfluſs.

die mehrfach benutzte stelle, Gajus IIII 98, ist übrigens darum noch genauer zu betrachten, weil sie anlafs zu der behauptung gegeben [37]), noch zu Gajus zeit habe die klage des procurators nicht consumirend auf die res des dominus gewirkt.

> procurator vero si agat, satisdare jubetur, ratam rem dominum habiturum. periculum enim est ne iterum dominus de eadem re experiatur. quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit; quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit.

Gajus setzt die gefahr, die vorhanden wenn ein procurator klagend auftritt, der sicherheit entgegen, die obwaltet wenn ein cognitor klagt: denn die klage des cognitors consumire die res des dominus. man könnte folgern, Gajus stelle dem stillschweigend gegenüber dafs die klage des procurators keine consumirende kraft übe: aber nothwendig ist diese folgerung nicht; es konnte eben so gut in Gajus absicht liegen die gewifsheit der consumption in einem falle der ungewifsheit, nicht der unzulässigkeit derselben im an-

nur zu erinnern dafs, wie schon bemerkt, das vom abwesenden ertheilte mandat stets mehr oder weniger ungewifs erscheint.

[37]) man vergl. Kellers Lit. Cont. § 39—42.

§ 19. dern entgegenzuhalten, und auch dann dürfte man ihn nicht schiefes ausdrucks zeihen. dafs aber wirklich zu Gajus zeit auch des procurators klagen, sobald er nur ein gültiges mandat hatte, die eingeklagte res in judicium deducirten, ergiebt sich aus der bereits angeführten stelle c. 1 de procur. aus fr. 22 § 8 rat. rem hab. verglichen mit fr. 25 § 2 de exc. rei jud., beide von Julian, und aus der analogie der wirkungen die wir der von einem unbefugten vertreter angestellten aber von dem dominus ratihabirten klage zuschreiben müssen. auch hat Keller selber den von ihm früher erhobenen widerspruch jetzt zurückgenommen[88]). übrigens läuft die behauptung, des procurators klage habe die res des dominus in judicinm zu deduciren nicht vermocht, darauf hinaus dafs diese klage nicht als actio über die betreffende res gegolten habe, und der kern derselben ist sonach dafs der dominus durch freies mandat, im gegensatz zur bestellung eines cognitors, die befugnifs über seine res eine klage anzustrengen niemanden habe ertheilen können. dafs dieser rechtszustand so einstmals zu Rom gegolten, dafs noch zu einer zeit wo man vielfach bereits cognitoren zuliefs kein procurator zur anstellung einer klage über eine res aliena befugt gewesen, ist wohl sehr wahrscheinlich. möglich wäre es dennoch dafs auch zu dieser zeit beklagte ab und zu, aus einem oder dem andern grunde, mit procuratoren sich einliefsen, sobald nur indirect, durch satisdation, für ihre sicherheit gesorgt war; und sehr möglich ist es daher dafs in der späteren allgemeinen cautionspflicht der procuratoren dieser ältere zustand nachklang, dafs man die alte regel, deren beobachtung jetzt freilich meist unnöthig geworden, nicht aufgeben mochte, wenn sie doch in gar manchen fällen noch nützlich erscheinen konnte. immer aber werden wir jenen älteren rechtszustand, dafs nur durch die bestellung

[88]) Civ. Pr. § 61 n. 725. wo auf Huschkes ausführungen in der zeitschrift f. g. R. W. b. XIIII s. 68 f. bezug genommen wird.

zum cognitor der berechtigte die befugnifs zur klaganstellung auf dritte zu übertragen vermochte, nicht als über das edictum perpetuum hinaus dauernd annehmen dürfen. §12.

im laufe der zeit ging man noch einen schritt weiter. nicht blofs vor angestellter klage konnte der berechtigte jeden, übrigens nicht persönlich unfähigen dritten durch formloses mandat in stand setzen eine nach jeder richtung vollwirksame actio über die betreffende res anzustellen: vielmehr nahm man auch eine nachträgliche reconvalescenz der von einem ganz unbefugten angestellten klage durch ratihabition des dominus an, so dafs, wo diese später erfolgte, von nun ab die betreffende res als in judicium deducirt und mithin auch als consumirt galt.

> fr. 56 de judiciis (Ulpianus l. 30 ad ed.) licet verum procuratorem in judicio rem deducere verissimum est, tamen, et si quis; cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta.

man vergleiche auch fr. 25 § 2 de exc. rei jud. von Julian, fr. 66 de procur. von Papinian, fr. 27 eod. von Ulpian, c. 1 quibus res jud. n. n. von Alexander.

zu betrachten bleiben jetzt noch die fälle der vertretung des berechtigten, wo die befugnifs zur klaganstellung nicht auf einem freien willensakt des berechtigten selber beruht. tutoren und curatoren bekommen durch ihr amt die befähigung über die ansprüche ihrer pflegbefohlenen vollwirksam klage zu erheben. für die zeit der späteren pandektenjuristen ist es durchaus zweifellos[39]) dafs durch die von dem tutor angestrengte klage die res des pupillen in judicium deducirt wird, daher jeder neuen klage über dieselbe res die exceptio rei in judicium deductae oder die exceptio rei judicatae entgegensteht. nicht anders wirkt die klage des curators[40]).

[39]) vergl. auch Keller Lit. Cont. § 39 folg.

[40]) fr. 17 § 2 de jurej. von Paulus, fr. 11 § 7 de exc. r. jud. und fr. 23 de adm. et per. tut. von Ulpian.

§ 19. seit welcher zeit tutoren und curatoren als vollberechtigte vertreter ihrer schützlinge zur klaganstellung befähigt gewesen, dürfte nicht genau zu ermitteln sein; doch ist wol anzunehmen dafs auch hier das edictum perpetuum bereits den neuern rechtszustand anerkannte. in dem fr. 7 § 2 de cur. fur.[41]) scheint Julian als unzweifelhaft vorauszusetzen dafs die klage des curators, der genügend caution geleistet hat, jede spätere klage des pflegebefohlenen ausschliefse; und auf Julians autorität bezieht sich auch Ulpian im fr. 23 de admin. et per. tut. wenn dennoch, wie Gajus berichtet[42]), auch nach dem edict tutoren und curatoren zur satisdation angehalten wurden,

> tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisdare debere verba edicti faciunt, sed aliquando illis satisdatio remittitur,

so ist dies wol ähnlich zu erklären wie dafs zu derselben zeit auch procuratoren meist zur cautionsleistung verpflichtet waren; man wollte die aus einem älteren rechtszustand erwachsenen regeln nicht aufgeben, so lange dieselben noch nutzen versprachen. und nutzen war auch hier ersichtlich. denn wenngleich, wer als vertreter eines pupillen oder anderen curanden klagend auftrat, meist leicht nachweisen konnte dafs er wirklich zum tutor oder curator bestellt worden, so wäre doch hierdurch der sicherheit des beklagten noch kein genüge geschehn. nicht immer vermag des vormunds klage die res des mündels in judicium zu deduciren; so namentlich nicht bevor er die caution »rem salvam fore« bestellt hatte[43]). zur völligen sicherheit des beklagten wären daher oft weitläufige untersuchungen über das verhältnifs des klagenden vertreters zu seinem pflegebefohlenen erforderlich gewesen;

---

[41]) Kellers scharfsinnige ausführungen wider die beweiskraft dieser stelle, Lit. Cont. § 42, sind jetzt wol auch als zurückgenommen anzusehn.

[42]) IIII 99.

[43]) vergl. das bereits angeführte fr. 7 § 2 de cur. fur.

und diesen entging man einfach wenn man an der alten regel festhielt und nach wie vor tutoren und curatoren nur nach erfolgter cautionsleistung als kläger zuliefs. dafs in einzelnen fällen, wahrscheinlich da wo kein zweifel über die klagbefugnifs des vertreters obwalten konnte, von dieser regel abgesehn worden, berichtet schon Gajus. von ihm bis zu Ulpian scheint sich übrigens das verhältnifs der regel zu den ausnahmen hier gerade umgekehrt zu haben, da in späterer zeit nur, wo besondere zweifelsgründe vorlagen, man den tutor und ebenso den curator zur cautionsleistung anzuhalten pflegte [44]). § 12.

ähnlich den klagen dieser vertreter wirkten auch die klagen eines actor civitatis und magister universitatis, die in späterer zeit gleichfalls nur dann caution leisten mufsten, wenn grund vorhanden war an der gültigkeit ihrer bestellung zu zweifeln; man vergleiche fr. 9 rat. rem haberi von Ulpian und fr. 6 § 3 quod cujusque univ. von Paulus.

eine andere vollwirksame und von dem willen des berechtigten völlig unabhängige processualische vertretung, die vielleicht schon dem ältesten recht angehört, findet statt bei den popularklagen [45]). wenig quellenzeugnisse dürften das bei diesen klagen zu grunde liegende rechtsverhältnifs so klar zur anschauung bringen wie der schlufs des vierten capitels der unter den feldmesserschriften erhaltenen lex Mamilia [46]):

> si quis adversus ea quid fecerit in res singulas, quotiescunque fecerit, s̄s̄ IIII colonis municipibusve eis in quorum agro id factum erit dare damnas esto, pecuniaeque cui volet petitio hac lege esto.

auch vergleiche man aus dem fünften capitel [47]):

> si quis adversus ea fecerit, is in terminos singulos, quos ejecerit locove moverit sciens dolo malo, s̄s̄ V M n. in

[44]) vergl. fr. 23 de adm. et per. tut.
[45]) Keller Civ. Pr. § 54.
[46]) Lachmann s. 264 z. 3 f.
[47]) Lachmann s. 264 z. 16 f.

§ 12. publicum eorum quorum intra fines is ager erit dare damnas esto. deque ea re curatoris, qui hac lege erit, juris dictio reciperatorumque datio addictio esto .... s. 265. z. 11. et si is unde ea pecunia petita erit condemnatus erit, eam pecuniam ab eo deve bonis ejus primo quoque die exigito, ejusque pecuniae quod receptum erit partem dimidiam ei dato cujus unius opera maxime is condemnatus erit, partem dimidiam in publicum redigito.

sehr deutlich werden im c. 4 »coloni municipesve« als berechtigte unterschieden von dem, »qui volet«, der als kläger auftritt, ebenso wie im c. 5, wer die grenzen verrückt, die betreffende summe der gemeinde schuldet, »in publicum dare damnas est«, die stelle des klägers aber hier derjenige vertritt »cujus unius opera maxime is condemnatus erit«.

aus dieser vertretung eines berechtigten durch den kläger, die in ähnlicher art bei allen popularklagen platz greift, erklärt sich die consumption des betreffenden anspruchs durch die klage des einzelnen. nur eine res ist vorhanden: sobald über diese von einem zur klaganstellung befugten geklagt ist, darf nicht wieder über dieselbe res geklagt werden; man vergleiche fr. 3 pr. de pop. act. von Ulpian. befugt zur klaganstellung war im allgemeinen jeder civis; und weil also die klage eines jeden ohne weiteres als gültige actio über die betreffende res gelten mufste, so bedurfte es der regel nach hier keiner caution. der kläger, der selber als vertreter des populus klagt, darf nicht wieder einen procurator bestellen [48]). übrigens setzte die wirksamkeit der klage voraus dafs die vertretung eine gehörige war: hätte sich der angebliche vertreter einer praevarication oder sonstiger collusion mit dem beklagten schuldig gemacht, so wäre noch eine fernere klage zulässig gewesen, da ja die erste klage als vollgültige actio über die betreffende nicht angesehn werden

[48]) fr. 5 de pop. act. von Paulus.

konnte; man vergleiche fr. 3 § 13 de hom. lib. exh. von Ulpian und fr. 30 § 3 de jurej. von Paulus. §12.

dafs, wie behauptet worden, auch der erbe als repräsentant des erblassers hätte klagen können, dürfte nicht anzunehmen sein. von Gajus [49]) erfahren wir:

> qui ex edicto bonorum possessionem petiit ficto se herede agit .... non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere.

hieraus folgt dafs der heres legitimus »intendit quod defuncti fuit suum esse« und »quod defuncto debebatur dari sibi oportere«; es folgt nicht dafs die formeln der klagen des erben stets mit solchen auf das recht des erblassers bezüglichen zusätzen versehen gewesen seien: denn die ausdrücke »quod defuncti fuit« und »id quod defuncto debebatur« sollen in Gajus rede vielleicht nur dazu dienen den gegenstand der klage überhaupt zu bezeichnen; ja es ist nach der stellung die Gajus dem wort »intendere« beide male anweist, so wie nach dem beispiel der klage, die der bonorum possessor »ficto se herede intendit«, sogar unwahrscheinlich dafs jene ausdrücke worte der intentio enthalten. völlig gewifs dagegen ist, soweit wir die bildung der formeln verfolgen können, dafs, wer intendirte »Stichum suum esse« oder »centum sibi dari oportere«, stets einen eignen anspruch einklagte, und durch zusätze zur intentio, die darauf hinwiesen dafs Stichus früher einen andern herrn gehabt oder dafs die 100 früher dem erblasser geschuldet worden, hieran nichts geändert werden konnte. die intentio der klage eines vertreters wies immer darauf hin dafs der vertretene ein recht oder eine fordrung habe, nicht darauf dafs der vertreter berechtigt sei, sein recht aber von einem andern herstamme [50]). wäre wirkliche ver-

[49]) IIII 34.

[50]) wenn übrigens Rudorff zu Puchta Inst. II § 156. c. im widerspruch zu den besprochenen stellen und zu Gajus IIII 86 sagt, der erbe habe als repräsentant des erblassers klagen können, so ist dies

§ 19. tretung eines verstorbenen je möglich gewesen, eine klage »centum defuncto dari oportere« zugelassen worden, so wäre kein grund vorhanden gewesen die stipulation »post mortem meam dare spondes« für ungültig zu erklären [81]).

wie im allgemeinen die wirksamkeit der regel »bis eadem re ne sit actio« völlig unabhängig ist von dem erfolg der angestellten klage, so ist es für den eintritt der consumption durchaus indifferent ob der processualische vertreter, was er einklagt, für sich behält oder dem dominus ausantwortet. bekannt ist dafs die formen der processualischen vertretung benutzt wurden um eine übertragung der ihrer rechtlichen natur nach unübertragbaren fordrungsrechte dem erfolge nach möglich zu machen. die klagen des procurator oder cognitor in rem suam datus mufsten ganz gleiche consumirende wirkung üben wie die jedes andern befugten vertreters des dominus, und eben so liegt zu tage, dafs wo der dominus selber bereits geklagt hatte, auch dem procurator in rem suam keine klage über die bereits eingeklagte res zustand.

wo das mandat zur klaganstellung ertheilt wird um den mandator zu bereichern, wie dies eben bei dem procurator in rem suam datus der fall ist, setzt dasselbe gleich jeder andern rechtlichen leistung eine gewisse causa voraus, und es mufs also, wo nicht die absicht zu schenken oder zu creditiren vorhanden ist, eine gewisse verpflichtung der klagencession zu grunde liegen. diese verpflichtung kann aus ebenso mannigfachen ursachen entstehn wie irgend eine andre obligation auf beliebige leistungen; und auch der grund dieser verpflichtung ist auf die consumptionskraft der mandirten klage ohne allen einfluſs. wie bekannt, wurde in der kaiserzeit vielfach, wo zwar ein grund zur klagencession vorlag dennoch aber aus irgend welchem grunde die wirkliche übertragung der klage unterblieb, demjenigen auf den die be-

wol nur ein wenig genauer ausdruck eines vielleicht richtigen gedankens.

[81]) vergl. Gajus III 100.

fugnifs zur anstellung der klage zu übertragen gewesen wäre, § 12.
statt jener eine utilis actio ertheilt. dafs solche utilis actio mit der ursprünglichen klage, deren cession unterblieben, als wesentlich übereinstimmend betrachtet werden mufs, ist längst erwiesen [81]).

gehn wir nun davon aus dafs die actio utilis stets die actio cedenda vertritt, und die ertheilung jener klage durch den praetor nur eben den mangel der nicht erfolgten cession zu ergänzen bestimmt ist, so müssen wir schliefsen dafs angestellt die actio utilis oder die actio directa je eine die andere consumirten, ganz ebenso wie des dominus klage durch die klage des procurators aufgehoben wird, oder umgekehrt durch jene diese. hierbei drängt sich aber die bemerkung auf dafs, wenn auch dies wirklich also rechtens gewesen, dennoch die consumption der actiones utiles durch die actiones directae, und wieder diese durch die utiles, seltner zu praktischer geltung kommen konnte als die gegenseitige consumption andrer klagen, wie etwa der sogenannten actiones adjecticiae qualitatis und der mit denselben concurrirenden directen klagen, da der regel nach nur eine von beiden, die directa oder die utilis actio, wirksam sein sollte, die unwirksame klage aber nicht consumirend wirken durfte, wie anderen theils auch die consumption einer schon an sich nicht wirksamen klage von geringer wichtigkeit war.

von der regel die wir hier betrachten, macht sich eine ausnahme bemerklich, die für uns von besonderm interesse ist, da sie zugleich als ausnahme der regel »bis de eadem re ne sit actio« sich darstellt. wo die utilis actio wirksam werden soll, wird die wirksamkeit der actio directa gehemmt. ein beispiel hiervon giebt Ulpian [82]):

et licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda.

[81]) Mühlenbruch Cession § 14—16; über utiles actiones im allgemeinen vergl. Savigny System § 215 und Keller Civ. Pr. § 30 folg.

[82]) fr. 27 in f. de procur. (aus l. 9 ad. ed.).

§ 19. es fragt sich wie jene hemmung bewirkt wurde. aus dem ausdruck »directa actione penitus tollenda« möchte man schliefsen, es sei diese directa actio von nun ab als eine völlig nichtige, gar nicht mehr vorhandene behandelt worden; wäre sie angestrengt worden, so hätte meist der praetor selber den kläger abgewiesen, oder wo doch eine formel ertheilt worden, der richter zur einsicht gelangen müssen dafs mit jener klage über gar nichts, »de nulla re« verhandelt würde. aber wir dürfen es nicht so genau nehmen mit Ulpians worten: denn an einer andern stelle [84]) giebt derselbe jurist in ganz ähnlichem falle wider die directa actio des procurators eine exceptio:

ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli.

diese einrede ist offenbar eine exceptio doli, und wird ertheilt damit dem dominus seine actio utilis bleibe. zunächst ist hieraus zu folgern dafs, würde die exceptio nicht ertheilt, die actio utilis des dominus durch die anstellung der actio directa des procurators aufgehoben werden würde, und wir sehn also dafs es dem angenommenen gegenseitigen consumptionsverhältnifs der utiles actiones und actiones directae doch nicht ganz an quellenzeugnissen fehlt. aber was wider unsre regel verstöfst ist dafs, wenn wirklich die zusammengehörigen actiones utiles und actiones directae je als klagen de eadem re galten, nachdem eine von beiden angestellt und durch eine exception abgewiesen war, doch noch die andre sollte angestrengt werden können, da wir gesehn dafs klagen die per exceptionem zurückgeschlagen worden, nichts destoweniger als klagen über die ansprüche die sie, wenngleich vergeblich, verfolgten galten, und daher diese ansprüche consumirten.

dafs hier wirklich eine ausnahme unsrer regel eintritt, dürfte nicht zu leugnen sein. gewifs ist zunächst dafs auch

[84]) man vergleiche das schon oben besprochene fr. 28 de proc. (aus l. 1 disput.).

nach der abgewiesenen klage des procurators des dominus § 12.
neue klage de eadem re zugelassen wurde. vielleicht könnte man annehmen, das »exceptione repelli« von dem Ulpian spreche sei wenigstens in früherer zeit ein »praescriptione repelli« gewesen, wie ja noch Paulus im fr. 91 de solutionibus einer doli mali praescriptio erwähnung thut, die doch zu seiner zeit unzweifelhaft auch als exceptio gefafst werden mufste. die unmöglichkeit einer praescriptio:

ea res agatur, si in ea re nihil dolo malo actoris fiat

ist vielleicht nicht zu erweisen; eben so wenig aber dafs sie wirklich je benutzt worden. übrigens ist die annahme einer solchen praescriptio durchaus unnöthig um zu erklären wie zu Ulpians zeit noch der per exceptionem zurückgewiesenen klage des procurators der dominus seine utilis actio anstrengen konnte. klar ersichtlich ist dafs in dem Römischen recht, wie es zur zeit der jüngsten pandektenjuristen ausgebildet war, die billigkeit manchen sieg über die consequenz errungen hatte; man sah ab von den alten festen formen, und war meist nur bestrebt dem vielgepriesenen materiellen rechte genüge zu thun. so setzte man sich darüber hinweg dafs die actio die durch eine exceptio entkräftet worden doch immer eine actio war; man sah nur auf den materiellen erfolg solcher klagen, und darum konnten schon in Ulpians styl die ausdrücke »actio penitus sublata« und »actio per exceptionem repellenda« gleichbedeutend mit einander abwechseln. dafs man in dieser zeit gewissen einreden die kraft beilegte die klage, der sie entgegentraten, so vollständig zu vernichten dafs durch solche klage keine res in judicium deducirt noch also auch consumirt werden konnte, scheint daher eine ganz unbedenkliche annahme. so wirkte die eben betrachtete exceptio doli auf die actio directa ein um die actio utilis klagbar zu erhalten; so alle die einreden die ursprünglich dem formellen recht entsprechend als praescriptionen gefafst worden waren[55]).

[55]) man vergleiche oben § 8.

§ 19. ein recht anschauliches beispiel der wirksamkeit jener exceptio doli giebt auch der fall, wo nach erfolgter cession und denuntiation an den debitor cessus der cedent wider diesen klagend auftritt: den cessus schützt die exceptio doli[56]), und die abgewiesene klage des cedenten consumirt des cessionars ansprüche unzweifelhaft nicht[57]).

die fälle der processualischen vertretung, die wir bisher betrachtet, haben das gemeinsame dafs wegen eines anspruchs, einer res, auch nur eine klage vorhanden ist. seit einführung des formularprocesses war die ausübung dieser einen klage nicht mehr an die person des berechtigten gebunden: für den berechtigten konnten dritte im procefs auftreten und die diesem zuständige klage anstrengen. wo neben der actio directa eine utilis actio gegeben wird, scheinen freilich zwei klagen de eadem re zugleich zu bestehn: doch könnte man vielleicht, ähnlich wie das eigenthum zuweilen in ein nudum jus Quiritium und das recht dessen, der die sache in bonis hat, sich scheiden läfst, auch diese beiden klagen als getrennte bestandtheile der ursprünglichen im civilrecht begründeten und zugleich materiell wirksamen klage erfassen. das rein rechtliche, aber für sich allein weniger wirksame element stellt sich dar in der actio directa, das wirksamere, aber im strengen recht nicht begründete in der actio utilis. das Römische recht kennt aber auch jenes andre verhältnifs, dafs wegen einer res mehre gleichmäfsig wirksame und rechtlich begründete klagen neben einander existiren. so können zunächst zwei klagen de eadem re zweien klägern wider denselben beklagten zustehn. dies rechtsverhältnifs wird durch die adstipulation begründet. die klage des stipulators ist für die des adstipulators durchaus maafsgebend; dennoch erscheint diese als eigene, selbständige klage. völlig falsch würde dies verhältnifs erfassen wer eine ausübung der klage des stipulators durch den

---

[56]) fr. 16 pr. de pactis von Ulpian.

[57]) vergl. fr. 18 pr. de pignor. act. von Paulus.

adstipulator annehmen wollte. dafs hier wirklich zwei klagen neben einander vorhanden sind, folgt zunächst aus der natur des rechtsgeschäfts das diese klagen begründet. nicht zweier stipulationen bedurfte es um nur eine klage zu erzeugen. es folgt ferner daraus dafs auch, wo der reus stipulandi selber keine klage hat, des adstipulators klage wirksam ist[58]). es scheint dafs gerade weil zur zeit der ausschliefslichen geltung der legisactionen man im allgemeinen die klagen für eben so unübertragbar erachtete wie später noch die obligationen, man die adstipulatio einführte vorzüglich um durch sie eine gewisse processualische vertretung zu ermöglichen[59]). §12.

zwei klagen entstehn durch die adstipulatio, aber beide klagen beziehn sich auf dieselbe res. da nun aber, wie später noch genauer darzulegen sein wird, eine res stets nur einem berechtigten zustehn kann[60]), so ergiebt sich hieraus unmittelbar die verschiedne stellung des stipulators und des adstipulators. beide haben klagen de eadem re, aber der klage des einen liegt eine eigne, der des andern eine fremde res zu grunde; der eine also hat einen anspruch und eine klage wegen desselben, der andre wol eine klage, aber keinen anspruch. der anspruch ist hier, ganz wie bei klagen eines vertreters, der eines dritten; daher mufs der adstipulator, was er einklagt, stets herausgeben an den berechtigten[61]). wie der berechtigte selber wol auf weniger klagen dürfte als was seine res umfafste, nicht aber auf mehr, ebenso kann die adstipulation sich auf weniger, aber nie auf mehr beziehn[62]). die klagbefugnifs gehört ebensowenig zu dem vermögen des adstipulators, und geht darum ebensowenig auf erben des-

---

[58]) vergl. Gajus III § 117.

[59]) vergl. Puchta Inst. II § 156 c. Rudorff in der Zeitschrift f. g. R. W. b. XIIII s. 386 f. und zu Puchta Inst. III § 277 z. auch Keller Civ. Pr. n. 640.

[60]) vergl. unten § 16 und § 17.

[61]) Gajus III 111.

[62]) III 113.

§ 12. selben über[63]), wie die berechtigung des vormunds oder curators für den pflegbefohlenen zu klagen, oder wie die fähigkeit des solutionis causa adjectus zahlung anzunehmen. auch bei den popularklagen wird hervorgehoben dafs durch sie der kläger nicht als reicher zu betrachten sei[64]):

item qui habet has actiones non intelligitur esse locupletior;

weil auch hier ein fremder anspruch eingeklagt wird. factisch wirkten die popularklagen unzweifelhaft bereichernd, und eben darum ist der ausdruck »non intelligitur locupletior« ganz an seiner stelle. aus der natur des der adstipulatio zu grunde liegenden mandatsverhältnisses läfst sich der nichtübergang der klagen auf den erben darum nicht erklären[65]), weil das mandat so mit dem tode des auftraggebers wie mit dem des beauftragten erlischt[66]), und hiernach zu folgern wäre dafs die klagbefugnifs des adstipulators auch mit dem tode des reus stipulandi aufhören müfste; was bekanntlich nicht der fall war[67]):

adhibetur autem adstipulator ut is post mortem nostram agat.

die untersuchungen über die natur der adstipulatio mögen für jetzt hier abgebrochen werden. wir werden sehn dafs die älteren formen der adpromission rechtsverhältnisse erzeugen, die den aus der adstipulatio erwachsenden völlig analog sind; die betrachtung derselben wird daher gelegenheit bieten auch über die adstipulatio einzelnes nachzutragen.

§ 13. Beklagte aufser dem verpflichteten.

§ 13. Gesehn haben wir dafs da, wer die klage wegen fremder schuld übernimmt, stets sich selber eine verbindlichkeit aufbürdet, des verpflichteten lage aber durch diese klagübernahme

---

[63]) III 114.

[64]) fr. 7 § 1 de pop. act. von Paulus.

[65]) diese erklärung versucht Puchta Inst. III § 284. dagegen auch Girtanner Bürgschaft I § 2.

[66]) fr. 26 pr. § 1 mandati von Paulus.

[67]) Gajus III 117.

nicht verschlechtern kann, bedenken, die aus betrachtung der materiellen folgen hervorgingen, der zulassung von vertretern auf seiten des beklagten nicht entgegenstehn durften; nur ob die processformen eine solche vertretung gestatteten, blieb zu erwägen. bei der legis actio sacramento scheint das erscheinen beider theile vor gericht nothwendig gewesen zu sein. berücksichtigt man nur die formen, so ist kein grund vorhanden des verpflichteten gegenwart für entbehrlicher zu erachten als die des berechtigten. wenn aber dennoch, wie dies Keller[1]) behauptet, anzunehmen wäre dafs von altersher der in jus vocatus nicht zu folgen gebraucht hätte, wenn er einen tauglichen vindex[2]) stellte, so könnte man sich auch der folgerung nicht entziehn, dafs der vindex im gewöhnlichen processe, d. h. also in alter zeit bei der sacramenti actio, den beklagten habe vertreten müssen; was indessen Kellers[3]) meinung nicht zu sein scheint. bei der alten legis actio per manus injectionem war eine vertretung durch einen vindex nothwendig, sollte anders der beklagte nicht sofort addicirt werden. dürften wir nun mit Puchta[4]) vermuthen dafs das verfahren per manus injectionem, sobald der vindex eingetreten, in ein sacramento contendere überzugehn pflegte, so würden wir gleichfalls die möglichkeit einer vertretung des beklagten auch bei der legis actio per sacramentum zugeben müssen. aber auch diese vermuthung ist unbewiesen[5]). gewisses hierüber scheint also aus unsern quellen nicht geschöpft werden zu könne. § 13.

auch ob die in der oben erwähnten stelle des auctor ad Herennium[6]) genannten beschränkungen, betreffend die zu-

[1]) Civ. Pr. § 46.

[2]) vergl. fr. 22 § 1 de in jus voc. fr. 5 § 1 qui satisd. cog. von Gajus; auch Gellius XVI 10 und Cicero topica 10 (2).

[3]) Civ. Pr. § 54.

[4]) Inst. II § 162.

[5]) vergl. Keller Civ. Pr. § 19 n. 269.

[6]) s. oben § 12 n. 5.

§ 18. lassung von cognitoren, nur auf die klaganstellung oder auch auf die klagübernahme zu beziehn seien, dürfte nicht ganz leicht zu entscheiden sein. möglich wäre es dafs man ohne bedenken defensoren zur klagübernahme für abwesende zugelassen hätte, wo nur der kläger mit ihnen sich einlassen wollte, dafs man aber, wo der verpflichtete anwesend war, ihn angehalten die klage persönlich zu übernehmen, und anfänglich nur in besondern fällen ihm erlaubt hätte sich durch cognitoren vertreten zu lassen. auch scheint diese auslegung den worten der gedachten stelle am besten zu entsprechen. beispiele der vertheidigung abwesender durch procuratoren finden sich bei Cicero [7]) mehrfach, und aus ihnen wird ersichtlich dafs die klage wider den defensor stets als klage über die res des verpflichteten galt, so dafs, ob der defensor ein mandat zur klagübernahme hatte oder nicht, für die wirkung der klage völlig indifferent war.

schon oben [8]) sind die stellen citirt die ergeben dafs auch nach pandektenrecht jeder, wie eine fremde schuld durch zahlung tilgen, so auch wegen der fremden schuld sich ausklagen lassen konnte, dafs alsdann diese klage wirklich als actio über die betreffende res galt, ebenso wie ja auch die zahlung gerade als zahlung der bestimmten schuld angesehn wurde, und dafs daher jede weitere klage de eadem re unzulässig erscheinen mufste. man ging hierin so weit eine vertretung des verpflichteten selbst wider wissen des klägers zuzulassen. wenn ein miterbe, um die defension der übrigen ohne weiteres zu übernehmen, für den heres ex asse sich ausgab, und der berechtigte nun wider ihn auf das ganze klagte, so consumirte diese klage das ganze klagrecht, wie dies Julian im fr. 18 de interr. in jure lehrt [9]). die strenge

[7]) z. b. in der oratio pro P. Quinctio 27 (6) und 60—73 (19—22) und ad Atticum XVI 5. 2.

[8]) vergl. § 11.

[9]) über die ähnliche entscheidung Ulpians im fr. 32 de peculio vergleiche man unten § 24.

consequenz der entscheidung kann niemand in abrede stellen, § 12.
ebensowenig dafs es billig erscheinen mochte dem kläger, der durch ein solches verfahren zu schaden kam, hülfe zu gewähren.

überall wo ein vertreter des verpflichteten als solcher auftrat, mufste satisdation geleistet werden, die zu Gajus[10]) zeit für den cognitor der dominus, jeder andere processualische vertreter aber selber bestellen mufste. dies erklärt sich einfach. der berechtigte der durch anstellung der klage wider einen dritten die möglichkeit seine fordrung gegen den verpflichteten geltend zu machen aufgiebt, verlangt als ersatz für das was er aufgiebt einen völlig sichern, von der persönlichen solvenz dessen der die klage übernimmt unabhängig vollwirksamen anspruch. wenn Cicero in der rede für den Quinctius die verpflichtung des defensors zur satisdation leugnet[11]), so wird man ihm als gutem causidicus eben nicht mehr zu glauben haben als dafs durch geschriebenes gesetz, respective durch die worte des edicts, die bestellung einer caution in dem betreffenden falle nicht direct verordnet war. auch das edictum perpetuum dürfte nur von einem »viri boni arbitratu defendere« gesprochen haben[12]). die gründe aber auf denen die einführung der cautionspflicht der defensoren beruhte, waren zu Ciceros zeit ebenso wirksam wie später, und gewifs hatte schon längst die allgemeine sitte dahin entschieden dafs jeder defensor zur satisdatio anzuhalten sei; der fortschritt zur gröfseren strenge in der neueren zeit möchte schwer zu erklären sein. auch sehn wir gerade aus der genannten rede Ciceros dafs der praetor vom Alphenus die cautio judicatum solvi erforderte um ihn als vertheidiger des Quinctius zuzulassen[13]), und dafs auch die tribunen hiergegen nicht einschreiten mochten:

[10]) vergl. IIII 101.
[11]) man vergl. 29 (7) und 62, 63 (19, 20).
[12]) vergl. fr. 33 § 3 de procur. von Ulpian.
[13]) vergl. die eben angeführten stellen.

§ 18. a quibus cum esset certum auxilium petitum, ita tamen disceditur ut idibus Septembribus P. Quinctium sisti S. Alphenus promitteret.

nicht schwieriger dürfte die erklärung sein, warum für den cognitor stets der dominus caviren mufste. die nach maafsgabe der formel stattfindende verurtheilung begründete eine actio judicati wider den dominus nicht, um dennoch dem kläger ein directes rechtsmittel wider den verpflichteten zu verschaffen, und so die sicherheit des eingeklagten anspruchs von der zahlungsfähigkeit des cognitors unabhängig zu machen, mochte die von dem dominus zu leistende cautio judicatum solvi als wohl geeignetes mittel erscheinen. ob man vielleicht anfänglich auch den activen übergang der judicatsklage von dem cognitor auf den dominus in entsprechender weise zu vermitteln suchte?

aus welchen motiven ein vertreter auf seiten des beklagten eintritt, ist für die wirkung der klage gleichgültig, wie wir dasselbe auch bei der vertretung des klägers gesehn. in manchen fällen zwingt der praetor zur vertretung, so wird, wer für einen andern eine klage anstellen will, angehalten für denselben auch klagen zu übernehmen [14]):

ait praetor: cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat.

bekannt ist dafs behufs materieller übertragung von schuldverhältnissen, ganz analog dem activen klagübergang, utiles actiones auch wider dritte gegeben wurden; so z. b. wider den mündel aus geschäften des vormunds, man sehe fr. 4 § 1 de evict. von Ulpian, fr. 8 quando ex facto tut. und fr. 18 § 2 ut legat. von Scaevola; ähnlich wider den fideicommissar ex S. C. Trebelliano, fr. 40 pr. ad S. C. Treb. von Paulus, fr. 27 § 7 eod. von Julian; und wider den bonorum emptor, Gajus III 18 zu vergleichen mit fr. 25 § 7 quae in fraud. cred. von Venulejus.

[14]) fr. 33 § 3 de procur. von Ulpian.

alle utiles actiones die wir bis jetzt betrachtet, mögen §18.
sie nun einen neuen kläger oder einen neuen beklagten einführen, dienen dem zweck dafs durch sie der übergang eines anspruchs oder einer schuld vermittelt werden soll; und eben darum pflegt, wie wir gesehn, wo die utilis actio begründet ist, der actio directa des berechtigten oder wider den verpflichteten die wirksamkeit entzogen zu werden. in gewissen fällen aber finden sich utiles actiones nicht bestimmt eine verbindlichkeit von einem verpflichteten auf den andern zu übertragen, vielmehr nur dem gläubiger die möglichkeit zu verschaffen sein recht, aufser wider den ursprünglich verpflichteten, auch noch wider einen dritten zu verfolgen, so dafs diese klagen weniger die übertragung eines schuldverhältnisses als eine ausdehnung desselben zu bewirken scheinen. eine vollkommen entsprechende ausdehnung des activen klagrechts auf neue berechtigte mittels utiles actiones scheint nie versucht worden zu sein.

die klagen, die wir unter dem namen actiones adjecticiae qualitatis zusammenzufassen pflegen, scheinen sämmtlich aus der absicht hervorgegangen dem berechtigten in fällen wo die klage wider den verpflichteten an sich unzulässig ist oder doch nicht genügenden erfolg verspricht, durch eine klage wider einen dritten zu helfen, dessen verhaftung durch kein gesetz, wol aber durch allgemeine billigkeit begründet wird. so beziehn sich die klagen die in dieser art von dem praetor wider gewalthaber und geschäftsherrn gegeben werden, wie alle andern utiles actiones, auf ansprüche die nicht wider den beklagten sondern wider einen dritten verpflichteten gehn; verschieden aber sind sie von andern utiles actiones dadurch dafs, da für die befreiung des ursprünglich verpflichteten keine billigkeit spricht, und der praetor hier allein der billigkeit folgt, neben den neuen praetorischen klagen die klagen wider den direct verpflichteten, soweit dieselben an und für sich zulässig sind, auch fortbestehn. diesen gegensatz der nicht auf übertragung sondern auf erweiterung des klagrechts ab-

§ 13. zielenden klagen wider andere utiles actiones hebt Paulus besonders bei der exercitoria actio hervor [15]):

et cuivis alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit. hoc enim edicto non transfertur actio sed adjicitur.

dafs übrigens die klagen in unsern rechtsquellen nirgends den namen utiles actiones tragen, obgleich sie auch betreffs ihrer formulirung der bildung anderer utiles actiones höchst wahrscheinlich sich anschlossen, dürfte daraus zu erklären sein dafs verhältnifsmäsig frühe ein eigener abschnitt des praetorischen edicts von diesen klagen handelte. schon Servius und Labeo kennen dieselben in ausgedehnter anwendung, und dieser wird vielfach als autorität über dieselben genannt [16]). so gewöhnte man sich den ausdrücklich erklärten willen des praetors als den eigentlichen grund dieser klagen zu betrachten, und sah darüber hinweg dafs jede einzelne eine mehr oder weniger getreue nachbildung einer alten civilklage war. man kam dahin auch von einer »utilis ad exemplum institoriae actio« zu reden, fr. 19 pr. de inst. act. von Papinian. doch ist auch nicht ganz aufser acht zu lassen wie die »utilitas edicti«, das diese klagen eingeführt hatte, mehrfach hervorgehoben wird. so in fr. 1 pr. de exerc. act. und in fr 1 pr. de trib. act. von Ulpian und in fr. 17 § 2 de inst. act. von Paulus.

für die consumptionslehre ist die betrachtung dieser actiones adjecticiae qualitatis von besonderm interesse, nicht nur wegen der concurrenz dieser klagen mit den ursprünglichen civilklagen, wo überhaupt solche begründet sind, sondern auch weil häufig mehre praetorische klagen vollwirksam nebeneinander existiren. sobald eine der in solchem falle

[15]) fr. 5 § 1 de exerc.

[16]) vergl. z. b. fr. 5 § 2, § 7, § 9 de instit. act., fr. 5 § 6, § 13, fr. 7 § 4 de trib. act. fr. 3 § 1, § 12, fr. 7 § 5 de peculio sämmtlich von Ulpian; fr. 43 eod. von Paulus und wieder fr. 1 § 1, fr. 3 § 5 § 6, fr. 7 § 3 de in rem verso und fr. 1 § 9 § 10 quod jussu von Ulpian.

neben einander bestehenden klagen angestellt wird, werden § 13.
die sämmtlichen übrigen auf dieselbe res sich beziehenden klagen consumirt. während also bei den andern utiles actiones die consumption meist nur eine klage trifft deren wirksamkeit schon durch die exceptio doli gehemmt ist, und nur vielleicht, wo ausnahmsweise diese exception nicht gehörig berücksichtigt worden wäre, die wirksame klage consumirt werden könnte, wirkt hier die consumption der regel nach auf klagen ein die bis zu anstellung der consumirenden klage gleich wirkungsfähig neben dieser existirten. fälle der art werden in den pandekten nicht selten besprochen. so handelt Ulpian im fr. 1 § 24 de exerc. act. davon dafs die directe klage wider den magister durch die exercitoria, und umgekehrt durch jene die klage wider den exercitor consumirt werde. die klage de peculio befreit, nach fr. 21 § 4 de exc. rei jud. von Pomponius, wie den ursprünglichen schuldner so auch den bürgen desselben; man vergleiche auch fr. 50 § 2 de peculio von Papinian. wo die actio quod jussu und die actio de peculio neben einander bestehn, schliefst die anstellung der einen die andre aus, fr. 4 § 5 quod cum eo q. in al. p. von Ulpian. ebenso können die actio tributoria und die actio de peculio zugleich begründet sein, und sobald eine von beiden angestellt worden, ist die andre consumirt, fr. 5 § 1, fr. 9 § 1 de tribut. act. von Ulpian.

die begründung dieser entscheidungen und entwicklung warum eine klage die andere consumirt, ist für all diese fälle dieselbe. aus den geschäften eines magister navis, eines filius familias oder servus erwachsen dem andern contrahenten ansprüche an diese personen, die wider dieselben bald gar nicht klagbar sind, bald zwar eingeklagt werden können aber wenig aussicht auf erfolg gewähren. eben darum giebt wegen dieser ansprüche der praetor unter gewissen voraussetzungen klagen wider diejenigen personen, die aus den betreffenden rechtsgeschäften mögliches falls nutzen gezogen haben; so werden über die schulden des sohns oder des sklaven klagen wider

§ 18. den gewalthaber ertheilt, und über die schulden gewisser geschäftsführer wider den geschäftsherrn. die adjecticia actio soll den anspruch an den wirklichen contrahenten wider den verfolgen dessen interessen der contract fördert. res de qua agitur ist bei jeder klage der verfolgte anspruch, bei diesen klagen wider gewalthaber und geschäftsherren also der anspruch an die in der potestät befindlichen oder an die geschäftsführer. daher müssen alle im speciellen falle begründeten klagen wider den vater, den dominus oder den geschäftsherrn stets unter sich, und ganz ebenso auch in ihrem verhältnifs zu der concurrirenden directen klage wider haussohn sklaven oder geschäftsführer, als klagen de eadem re betrachtet werden; und die unmittelbare folge hiervon ist dafs, sobald eine dieser klagen angestellt und durch sie die betreffende res in judicium deducirt ist, jede der andern klagen als zweite klage de eadem re abzuweisen ist.

wie die consumptionslehre bei der betrachtung der actiones adjecticiae qualitatis in helles licht tritt, ebenso ist umgekehrt die kenntnifs der consumption das mittel gewesen das uns zur richtigen erkenntnifs dieser klagen verholfen hat. erst durch Kellers untersuchungen [17]) sind wir hier zu rechter einsicht gelangt. den dank den wir ihm schulden, dürfen wir nicht schmälern, auch wenn wir anstehn seiner auffassung dieser klagen in allen einzelheiten beizutreten. die von Keller gewonnene grundanschauung scheint mir so zweifellos richtig [18]) dafs, indem ich weitere ausführungen zur bestätigung derselben durchaus für unnütz erachte, ich nur auf einen fall verweise, bei dem das der peculienklage zu grunde liegende rechtsverhältnifs besonders deutlich und klar sich darstellt. wie der defensor eines schuldners, ebenso kann sich der de peculio belangte vater auf das von dem sohne rein persönlich geschlossene pactum

[17]) Lit. Cont. § 49—51; vergl. jetzt auch Civ. Pr. § 32.

[18]) vergl. auch Savigny Obligationenrecht § 21.

de non petendo beziehn; aber da jenes pactum mit dem tode § 12.
des verpflichteten erlischt, schützt es auch den vater nicht sobald der sohn gestorben ist. man vergleiche fr. 19 § 1 und fr. 2 pr. de pactis von Paulus und fr. 20 eod. von Gajus.

die bedenken die sich wider Kellers ansichten geltend machen, beziehn sich, wie schon[19]) angedeutet worden, zunächst auf die von ihm entwickelte formel der peculienklage, durch die, wenn sie zur anwendung gekommen wäre, stets der ganze anspruch an den sohn oder sklaven hätte consumirt werden müssen, während, so viel wir wissen, die Römische peculienklage nie über den umfang des in rechnung zu ziehenden peculiums hinaus consumirend wirkte. es ist aber ferner nicht zu verkennen dafs die anschauung, die peculienklage solle nur einen anspruch an den sohn realisiren, ebenso wie die klage gegen den cognitor nur den anspruch an den dominus verfolgt, von den Römern doch nicht überall mit strengster consequenz festgehalten, vielmehr wesentliche verschiedenheiten zwischen dem verhältnifs des vaters zur schuld des sohnes und dem des defensors zur schuld des vertretenen anerkannt wurden. so konnte für des vaters schuld ein fidejussor sich verbürgen[20]). die mora des vaters wird ausdrücklich von der mora des sohns unterschieden[21]); eine mora desjenigen aber, der nur eben für eine fremde schuld belangt wird, dürfte nicht wol denkbar sein. der sohn kann als defensor des vaters die peculienklage übernehmen[22]); es würde schwer sein von Kellers ansicht aus für diesen klagfall eine mögliche formel aufzustellen. Ulpian[23]) braucht ohne bedenken den ausdruck »pater dominusve obligantur«. Pau-

[19]) s. oben § 7.

[20]) fr. 50 pr. de peculio von Papinian.

[21]) fr. 32 § 3 de usuris von Marcian und fr. 49 pr. de verb. obl. von Paulus.

[22]) fr. 10 § 3 de in rem v. von Ulpian.

[23]) fr. 5 § 1 de peculio.

§ 18. lus[24]) sagt »socius universum debet«; und als gegensatz hierzu haben wir offenbar nicht den gedanken »pater nihil debet«, sondern den »pater non universum debet« zu erfassen. vor allen aber läfst uns die bekannte entscheidung Africans im vielbesprochenen fr. 38 pr. de cond. ind. den mehr oder weniger selbständigen charakter der peculienschuld erkennen:

> si extraneo quid debuisset (sc. filius familias) et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset.

wäre man fest dabei verblieben in der klage de peculio stets nur eine klage wegen der schuld des sohnes zu sehn, so hätte man eher schliefsen mögen, die de peculio belangten miterben müfsten gleich andern defensoren regrefsklagen an jenen sohn haben: aber im gegentheil, der sohn kann seinen regrefs wider die peculienbesitzer nehmen. offenbar liegt hier der gedanke zu grunde dafs die schuld, wegen der diese klagen statt finden, weniger an der person des sohns als an dem peculium selber haftet. es ist übrigens leicht zu sehn dafs dieselbe auffassung auch Africans entscheidung des in derselben stelle besprochenen hauptfalls begründet.

doch hüten wir uns mehr zu folgern als was wir schliefsen müssen. zwängen die eben betrachteten stellen zu der annahme dafs nach Römischer anschauung mit der peculienklage nicht über des sohnes schuld gestritten wurde, so wäre mit dieser einsicht für uns zunächst nur wenig gewonnen; dagegen verlören wir jedes bestimmte bild der actiones adjecticiae, und wüfsten nicht wie wir die bei ihnen eintretende consumption erklären sollten. aber die beweiskraft jener stellen reicht keineswegs so weit. nur das folgt aus ihnen mit nothwendigkeit, dafs trotz dem täuschenden schein

[24]) fr. 47 § 2 de peculio.

der worte Maecians im fr. 18 § 5 de castr. pec. oder des §12.
Paulus im fr. 42 pr. de furtis die Römer weit entfernt waren den de peculio belangten gewalthaber einem defensor gleich zu ordnen, und dafs wir daher auch die peculienklage nicht der klage wider einen defensor völlig analog gebildet uns vorzustellen haben. sicher geschah in der formel des von dem in der gewalt befindlichen abgeschlossenen geschäfts erwähnung[18]): ob aber die klage äufserlich mehr der klage wider den defensor als der wider den sponsor geglichen, möchte jetzt nicht zu entscheiden sein.

gewifs ist dafs, wenn auch das wesen dieser adjecticiae actiones im allgemeinen so war wie wir es jetzt zu erkennen glauben, dennoch die einzelnen klagen von einander gar sehr verschieden waren, und ebenso gewifs mögen wir annehmen dafs die Römische anschauung dieser klagen nicht zu allen zeiten völlig dieselbe geblieben. hatte man vielleicht anfangs den gewalthaber nur gewissermafsen zu einer vertretung des sohnes anhalten wollen, und gab man auch in späterer zeit diesen gedanken nie völlig auf, so sah man doch aus der praxis dafs fordrungen, wegen deren die peculienklage oder eine andre ähnliche honorarklage gegeben wurde, weit häufiger wider den gewalthaber als wider den in der gewalt befindlichen verfolgt wurden, und dafs in den meisten fällen nicht haussohn und sklave, sondern das peculium selber die schuld decken mufste. es war sehr natürlich dafs man wider diesen praktischen erfolg nicht eigensinnig an der theorie festhielt. wie man die actiones adjecticiae nicht mehr utiles actiones nannte, so gewöhnte man sich allmählig daran, bald den vater als verhaftet, bald das peculium als belastet zu betrachten. vielleicht vermittelte auch die klagformel diese anschauung, indem sie auf eine gewisse

[18]) vergl. Kellers ausführungen in der Lit. Cont. § 50 und namentlich die dort n. 12 citirten fr. 23 § 4 de aed. ed. von Ulpian, fr. 57 § 1 eod. von Paulus und fr. 3 § 6 si mensor f. m. d. von Ulpian.

§ 18. begrenzte haftpflicht des vaters sich bezog. aus dieser anschauung aber, die wir uns nicht als der andern, die den vater als vertreter des sohns betrachtet, feindlich, sondern als praktische entwicklung derselben zu denken haben, erklären sich die oben angeführten auf des vaters verbindlichkeit bezüglichen ausdrücke von Ulpian und Paulus, so wie Africans entscheidung, leicht und natürlich.

bevor wir der betrachtung anderer rechtsverhältnisse uns zuwenden, vergleichen wir kurz wie Keller die bei den actiones adjecticiae qualitatis statt findende consumption erklärt[26]). zwei sätze stellt er an die spitze:

1. consumirt wird das zum processs gebrachte klagrecht, formell ausgedrückt der inhalt der intentio;
2. diese consumption kommt für alle zukunft zu gute dem beklagten und steht entgegen dem kläger;

von welchen beiden der erste streng durchgeführt werden und, wo er mit dem zweiten in collision kommen möchte, dieser gegen jenen zurücktreten soll. der eintritt der consumption wird dann aus der angenommenen identität der intentionen der betrachteten praetorischen klagen mit denen der entsprechenden civilklagen hergeleitet.

die annahme dafs gerade der inhalt der intentio consumirt werde, ist bereits bekämpft worden[27]). innig hängt mit ihr, bedingt durch Kellers interpretation des fr. 32 de peculio, die formulirung der peculienklage zusammen, die dieser klage die unveränderte intentio der entsprechenden civilklage zuweist. auch hiergegen habe ich meine bedenken bereits vorgetragen. was aber den zweiten satz betrifft, so dürfte Keller den unterschied der zwischen dem berechtigten und dem kläger und zwischen dem verpflichteten und dem beklagten besteht nicht gehörig gewürdigt haben. zu gute kommt die consumption nur dem verpflichteten, entgegen

[26]) Lit. Cont. § 49 vergl. die folgenden §§.
[27]) vergl. oben § 7 mit § 5 und § 2.

aber steht sie nicht nur dem berechtigten oder dem ersten kläger, sondern jedem neuen kläger de eadem re. § 18.

zu bemerken bleibt noch dafs Keller durch die behauptung, der inhalt der intentio bilde den gegenstand der consumption, hier anscheinend zu einer kleinen inconsequenz verleitet wird, die auffällt weil man deren bei ihm nicht gewohnt ist. er sagt[28]), warum die actio tributoria durch die actio de peculio consumirt werde und umgekehrt durch jene diese, wisse er nicht anzugeben, weil ihm die formel der tributoria actio dunkel sei. aber hatte Keller nicht vorher ganz richtig bemerkt dafs nicht die formelle klage sondern das materielle rechtsverhältnifs consumirt werde, und als beleg hierfür fr. 28 § 4 de jurejurando von Paulus angeführt, wonach bonae fidei klagen und die certi condictio einander consumiren? bei diesen klagen war doch sicher eine identität der intentionen nicht anzunehmen, und begründete dennoch dieser consumptionsfall keine zweifel, so konnte auch der von Keller hervorgehobene fall wol nicht bedenklicher erscheinen. übrigens bin ich weit entfernt zu behaupten über die formel der tributoria actio im klaren zu sein, oder zu verkennen dafs diese klage von den übrigen adjecticiae actiones in mancher beziehung abwich. nur das scheint gewifs dafs die res, über die mit derselben verhandelt wurde, der betreffende anspruch an den sklaven war; es ergiebt dies schon die stellung die diesem titel in den digesten offenbar nach dem vorgange des edicts angewiesen ist, die gleichordnung der klage mit andern adjecticiae actiones in den entscheidungen der juristen, der ausspruch dafs »servi nomine« die klage wider den herrn gegeben werde, endlich das zweifellos erwiesene verhältnifs gegenseitiger consumption der tributoria und der actio de peculio[29]).

[28]) Lit. Cont. s. 435.

[29]) ich citire hier keine belegstellen, da die für die letzte behauptung bereits mehrfach angeführt, die für die vorhergehenden aber in dem titel de tributoria actione leicht zu finden sind.

§ 14. Die adpromissionen.

§ 14. Wie durch adstipulatio dritte persönlich nicht berechtigte die befugnifs erhalten über die res des wirklich berechtigten eine klage anzustellen, ebenso kann die verbindlichkeit zur klagübernahme für persönlich nicht verpflichtete durch adpromission begründet werden. durch quellenzeugnisse steht fest, dafs sobald der gläubiger wider den schuldner klagte, die klage wider die adpromissoren erlosch, und wiederum dafs, sobald ein adpromissor belangt war, weder gegen den schuldner noch wider andre adpromissoren geklagt werden durfte. man vergleiche Cicero ad Atticum XVI 15 2, Paulus sententiae receptae II 17 § 16, fr. 7 de fidej. et nom. tut. und fr. 1 rat. rem hab. von Papinian, fr. 21 § 4 de exc. rei jud. von Pomponius, c. 23 de fidejussoribus von Justinian. hiernach ist von vornherein anzunehmen dafs die klage wider den schuldner und die wider den durch adpromission verpflichteten bürgen als klagen de eadem re gegolten; doch ist die natur dieses rechtsverhältnisses sorgfältig zu ergründen.

seit den trefflichen arbeiten Kellers und Ribbentrops, die zuerst die einzelnen arten der bürgschaft genauer von einander unterschieden, ist die kenntnifs der adpromissionen im allgemeinen nicht viel fortgeschritten, namentlich dürften in dem neusten werke, das dieser lehre sich speciell zugewandt hat, Girtanners bürgschaft für das ältere Römische recht sehr wenig geleistet sein; höchst beachtenswerth dagegen ist eine ansicht die Huschke [1]) gelegentlich geäufsert aber leider nicht näher begründet hat: der sponsor sei persönlich neben dem hauptschuldner verpflichtet worden, wogegen der fidejussor die hauptschuld ihrem inhalte nach auf sich genommen habe. neue und eigenthümliche gedanken enthält auch die inauguraldissertation von Eduard Philippi:

[1]) Zeitschrift f. g. R. W. XIII. s. 331.

Quid sit quod vulgo jactatur fidejussores correos esse debendi, eine wol nur wenig bekannte abhandlung, die ich viel benutzt habe. der frühzeitige tod meines lieben freundes hat ein völliges ausgleichen unserer meinungen unmöglich gemacht. §14.

der zweck der adpromission, wie überhaupt jeglicher art der bürgschaft, ist im allgemeinen eine fordrung sicher zu stellen. unter sicherheit einer fordrung verstehn wir die gröfsere oder geringere wahrscheinlichkeit die dafür vorhanden ist dafs die fordrung erfüllt werde. diese wahrscheinlichkeit beruht, wo nicht der schuldner, oder für diesen irgend ein dritter, freiwillig leistet, auf den mitteln, die dem gläubiger zu gebote stehn, die leistung zu erzwingen. das regelmäfsige zwangsmittel ist die klage. ist diese einmal angestrengt, so hängt, vorausgesetzt dafs sie sich als gegründet erweise, ihr erfolg und somit die sicherheit des gläubigers lediglich von der solvenz des beklagten ab. blicken wir nun auf den rechtszustand im alten Rom, so finden wir im allgemeinen einen grofsen widerwillen wider vieles processiren und, was hiermit in nächster verbindung steht, sehr kräftige executivmittel wider den der verurtheilt nicht zahlt. aus beidem folgt dafs ein schuldner, der irgend die mittel zur zahlung besafs, nicht leichtsinnig den procefs übernommen und nur in seltensten fällen der execution sich ausgesetzt haben mag. es folgt ferner dafs, wo der schuldner zur klage oder gar zur execution es kommen liefs, für den gläubiger wenig aussicht auf endliche befriedigung vorhanden war. daher konnten klage und execution, so lange sie drohten, den gläubiger wol wider den bösen willen des schuldners sichern, aber wirklich zur anwendung gebracht straften sie mehr den schuldner als dafs sie dem gläubiger materiellen vortheil versprochen hätten. da aber von der solvenz des beklagten die sicherheit des klagenden gläubigers abhängt, und der schuldner, wo wider ihn zur klage geschritten werden mufste, meist nicht solvent war, so lag es nahe für die sicherheit des gläubigers in der

§ 14. art zu sorgen, dafs man ihm die möglichkeit verschaffte, seine fordrung nicht nur von dem schuldner selber sondern auch von andren, und zwar von solventen direct nicht verpflichteten, einzuklagen; und eben diese möglichkeit wurde durch die alten adpromissionen erreicht.

die sponsionsbürgschaft gehört zu den ältesten rechtsinstituten von denen wir sichere kunde haben. schon die zwölf tafeln sprachen von procefsbürgen [2]):

> vades et subvades .... omnisque illa XII tabularum antiquitas.

auch die »praedes litis atque vindiciarum« bei der sacramenti actio in rem dürften nicht jünger sein; und dafs diese bürgen stets durch sponsion oder ein dieser auch formell sehr nahverwandtes versprechen sich verpflichteten, scheint nicht in zweifel gezogen werden zu können [3]). nicht ohne interesse ist eine anekdote die bei Macrobius [4]) sich findet:

> Asinae cognomentum Corneliis datum est, quoniam princeps Corneliae gentis empto fundo, seu filia data marito, cum sponsores ab eo solemniter poscerentur, asinum cum pecuniae onere produxit in forum, quasi pro sponsoribus praesens pignus.

die erzählung spielt in verhältnifsmäfsig alter zeit, da die fasten schon für das jahr 494 einen consul Cn. Cornelius L. f. Cn. n. Scipio Asina nennen; und wir erkennen aus ihr wie die bürgschaft nur eben dazu dienen sollte, den gläubiger wider die insolvenz des schuldners zu sichern. wer seine zahlungsfähigkeit so handgreiflich erweisen konnte wie Cn. Cornelius, bedurfte keines bürgen. es ist bekannt dafs späterhin der ausdruck »locupletem non haberi« unmittelbar die

---

[2]) Gellius noct. Att. XVI 10.

[3]) man vergleiche Varro de lingua Latina VI 74, P. Diaconus ex Festo vv. compraedes, praes, vadem; auch Plautus Menaechm. IIII 2 27—8, und Cornelius Nepos v. Attici VIIII 4.

[4]) saturn. I 6.

verpflichtung bürgen zu stellen bezeichnet [5]). bei Plautus § 14.
werden sponsoren mehrfach genannt. so Trinummus II 4. v. 23 — 27 [6]):

S. trapezitae mille drachumarum Olympicum,
quas de ratione debuisti, redditae.
L. nempe quas spopondi? S. imo quas dependi, inquito;
quas sponsione pronuper tu exactus es
pro illo adulescente, quem tu esse aibas divitem.

auch die fidepromission ist nicht so neues ursprungs als bisweilen daraus gefolgert worden, dafs ihr name bei Cicero nicht vorkommt. schon Plautus kennt sie [7]):

sanum futurum, mea ego id promitto fide.

unverkennbar ist hier die anspielung an die von dem verkäufer von sklaven oder vieh zu leistende cautio de sanitate [8]); auch wissen wir ja dafs bei solchen und ähnlichen cautionen in alter zeit adpromissoren zugezogen wurden [9]). übrigens kommt der ausdruck »adpromittere« auch in Ciceros schriften vor [10]), und es ist durchaus willkürlich denselben nur auf sponsionen zu beziehn.

die frage, ob sponsion und fidepromission nur äufserlich oder auch dem wesen nach unterschieden gewesen, scheint aus den jetzt zugänglichen quellen kaum gelöst werden zu können. auch wem das zweite wahrscheinlicher scheinen mag, wird darauf verzichten müssen die einzelnen verschiedenheiten mit genügender sicherheit näher zu bestimmen. die an sich richtige bemerkung, dafs die sponsion einen religiösen charakter getragen, hilft hier wenig, da auch in jedem berufen auf die fides ein religiöses element enthalten ist.

die durch die ältesten arten der adpromission begrün-

[5]) so z. b. im fr. 166 de reg. jur. von Paulus.
[6]) man sehe auch Trinummus V 2 v. 39; Poenulus I 2 v. 124.
[7]) Menaechm. V 4 v. 6.
[8]) vergl. Varro de re rustica II 2 folg.
[9]) man vergl. Cato de re rust. 146 mit Varro de lingua Lat. VI 74.
[10]) pro S. Roscio Amerino 26 (9); ad Atticum V. 1, 2 (?).

§ 14. deten verbindlichkeiten entsprechen, wie schon angedeutet, der klagbefugnifs des adstipulators durchweg. zwei promissionen haben statt gefunden; daher bestehn auch hier zwei klagen nebeneinander, die klage wider den bürgen neben der klage wider den schuldner; beiden aber liegt ein und dieselbe materielle verbindlichkeit zu grunde, die verpflichtung des schuldners. leider sind uns die formeln der klagen wider die verschiedenen adpromissoren nicht bekannt; und da aus dem was wir über dieselben vermuthen mögen, sichere schlüsse auf das wesen der einzelnen adpromissionen nicht zu ziehn sein dürften, so mögen diese vermuthungen nachher bequemer ausgeführt werden[11]). hier müssen wir zunächst nachweisen wie des debitors schuld für des sponsors und fidepromissors verhaftung durchaus mafsgebend ist.

stets bestimmt der vorhandne materielle anspruch den umfang der klage mit der er verfolgt werden soll. die klage die auf ein plus ginge, würde eben darum abgewiesen. wie aber der anspruch des gläubigers an den schuldner die klage wider diesen normirt, ganz in gleicher art bestimmt eben dieser anspruch auch den umfang der stipulation, durch die der bürge sich verpflichtet. jede adpromissio die auf mehr gerichtet würde als was der gläubiger von dem schuldner einklagen könnte, wäre nichtig[12]).

aus des schuldners vermögen soll der gläubiger befriedigt werden. was der sponsor oder fidepromissor zahlt, ist sofort von dem schuldner mit der mandati actio einzufordern. der sponsor hatte aufserdem seit der lex Publilia die strenge depensi actio[13]). dienten sponsionen überhaupt zunächst nur dazu, den gläubiger wider die insolvenz des schuldners zu schützen, so lag wol keine übermäfsige härte darin dafs man den schuldner, der den sponsor zahlen liefs und dann nach

---

[11]) s. unten die dritte beilage.
[12]) Gajus III 126.
[13]) III 127. IIII 22.

sechs monaten die schuld an diesen noch nicht getilgt hatte, § 14.
als insolvent behandelte [14]).

die durch sponsio oder fidepromissio übernommene verbindlichkeit ging nicht auf erben über, weil man sie ebensowenig wie die berechtigung des adstipulators als theil des allein vererblichen vermögens erfaſste. wenn Julian sagte [15]):

hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit,

so wissen wir doch daſs unter diesem »universum jus« nur der inbegriff aller rechte und verbindlichkeiten von geldwerth zu verstehn ist. sponsion und fidepromission aber sollen, nach der anschauung aus der sie hervorgegangen, den der sie übernommen so wenig ärmer wie die adstipulatio den adstipulator reicher machen. im gegensatz hierzu ergiebt sich daſs der erbe des adstipulators der actio mandati directa ausgesetzt ist, und daſs umgekehrt die mandati contraria dem erben des sponsors zusteht, sobald der adstipulator bereits etwas von dem schuldner eingezogen oder der sponsor an den gläubiger gezahlt hat. aus der natur des mandats würde sich der nichtübergang der bürgschaftsverbindlichkeit auf erben ebensowenig erklären lassen wie der nichtübergang der adstipulation; durchaus dieselben gründe stehn bei den erklärungsversuchen entgegen [16]).

daſs durch die adstipulatio kein wirkliches recht erworben wird, tritt sehr deutlich auch da hervor, wo eine nicht selb-

[14]) verwandt ist die meinung Rudorffs über einführung der depensi actio, die derselbe in der Zeitschr. f. g. R. W. b. XIIII (über Litiscrescenz VIII depensum) sorgfältig begründet. aber ist es wirklich unzweifelhaft daſs der vindex die manus injectio wider den schuldner hatte? nach welcher lex? Huschkes versuch, die depensi actio aus dem wesen der sponsio herzuleiten (Nexum n. 139), paſst nicht recht zu Gajus worten, daſs die lex Publilia die depensi actio eingeführt habe. auch Girtanner hat über die depensi actio eine ansicht aufgestellt, über die man s. 562 und 63 seiner Bürgschaft näheres aufsuchen mag.

[15]) fr. 62 de regulis juris.

[16]) vergl. daher oben § 12 n. 63.

§ 14. ständige person adstipulirt. was sklaven, liberum caput in mancipio oder haussohn erwerben, erwerben sie ihrem gewalthaber, aber die adstipulatio bleibt für diesen ohne alle folgen. der servus und der in mancipio befindliche, da er servi loco, sind absolut unfähig klage anzustellen, der filius familias aber nur so lange er in der gewalt des parens sich befindet [17]). tritt daher der sohn ohne capitis deminutio, die bekanntlich nicht nur auf vermögensrechte vernichtend einwirkte, aus dieser gewalt, so war er nun auch befugt aus der adstipulatio zu klagen [18]). man möchte folgern dafs im entsprechenden falle auch die von einem filius familias übernommene sponsion und fidepromission ganz in gleicher weise wirksam wurde. was wir von der geltung einer fidejussio des haussohnes im neusten rechte wissen, beruht zum theil auf anderer grundlage.

um die klage wider den adpromissor als klage über die schuld des schuldners, und also die klagen wider bürgen und schuldner als klagen de eadem re, gelten zu lassen, scheint man in älteren zeiten auch eine gewisse äufsere gleichheit beider klagen nothwendig erachtet zu haben. dafs auch mit verschiedenen klagen de eadem re gestritten werden könne, dürfte erst von der späteren jurisprudenz erkannt und ausgesprochen sein. früher war man bestrebt die klagen wider den adpromissor möglichst so zu gestalten wie die wider den schuldner selber anzustellende klage lauten müfste. dies scheint der grund davon zu sein dafs nur zu verbalobligationen sponsoren und fidepromissoren hinzugezogen werden konnten: denn da die klage wider den adpromissor stets verbis begründet wurde, so konnte sie auch nur einer andern gleichfalls durch verba erzeugten klage gleich gelten. viel-

[17]) die befugnifs des filius familias mit einer formula in factum concepta zu klagen, entstand sicher in späterer zeit als das institut der adstipulatio; auch ist fraglich ob je aus einer adstipulatio mit solcher formel geklagt werden konnte.

[18]) Gajus III 114.

leicht ging man anfangs so weit dafs man nicht nur worte § 14.
als verpflichtungsgrund beider, des schuldners und des adpromissors, erforderte, sondern auch gleiche worte: nur wo der schuldner sich durch ein »spondeo« verpflichtet hatte, durfte ein sponsor hinzugezogen werden; wo »promitto« gesagt war, mufste ein promissor eintreten. man könnte weiter folgern dafs die bindende gültigkeit einer sponsion, auch wo sie sich auf eine fremde schuld bezogen, nie in zweifel gezogen worden sei, wegen der religiösen weihe die jeder sponsio eigen war, aber dafs eine einfache promissio genüge wegen einer fremden schuld sich zu verpflichten, das habe man anfangs nicht annehmen können, und eben darum hier die bezugnahme auf die fides nöthig erachtet. der adstipulator freilich konnte zu Gajus zeit andrer worte sich bedienen als der vom stipulator benutzten[19]); aber wir dürfen nicht vergessen dafs die eine adstipulatio den drei formen der adpromissio entsprach, und daher in ihrer geschichtlichen entwicklung leicht gröfseren veränderungen ausgesetzt sein konnte als jede einzelne von jenen. gerade was Gajus als recht seiner zeit hervorhebt, mag andeuten sollen dafs nicht immer gleiches gegolten habe.

auch darin scheint sich das bestreben die klage wider den bürgen der klage wider den schuldner möglichst gleich zu gestalten auszusprechen, dafs die klagbare haftung von dem schuldner und dem adpromissor zu gleicher zeit übernommen werden mufste. dafs dies wirklich die allgemeine regel gewesen, darauf weist schon die durch die lex Crepereja (?)[20]) verordnete praedictio hin, und ebenso die noch in späterer zeit erwähnte sitte, dafs auch der fidejussor gleich nach dem reus debendi, für den er sich verbürgte, und noch vor einem zweiten reus debendi zu promittiren pflegte[21]). erwiesen aber wird es durch folgende stelle des Gajus[22]):

[19]) Gajus III 112.
[20]) Gajus III 123.
[21]) fr. 6 § 3 de duob. reis von Julian.
[22]) III 177—8.

§14. sed si eadem persona sit a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel sponsor aut dies adjiciatur aut detrahatur. sed quod de sponsore dixi, non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detractionem.

hätte bei dem hinzutritt eines sponsors nicht stets auch der schuldner von neuem promittirt, so wäre die ansicht dafs hierbei eine novation statt finde nie zu vertheidigen gewesen. so aber drehte sich der schulenstreit gerade darum, ob eine solche bei dem hinzutritt eines sponsors stets nothwendige neue promissio des schuldners, die im übrigen auf das wesen der bestehenden obligation nicht ändernd einwirke, als erneuerung der obligation im technischen sinne angesehn werden könne oder nicht.

als argument wider die angestrebte gleichheit der klagen wider schuldner und sponsor darf man sich nicht darauf berufen, dafs dieser auf weniger habe verpflichtet werden können: denn immer stand es dem gläubiger frei auch wider den schuldner auf weniger zu klagen. bedenklicher könnte erscheinen dafs die klage wider den sponsor auch da möglich war, wo wider den schuldner, z. b. wider den pupillen der ohne des vormunds autorität, oder wider jeden andern der etwas post mortem suam versprochen hätte, nicht geklagt werden konnte. hatte man hier das bestreben, eine gewisse ähnlichkeit der klagen wider bürgen und schuldner zu bewirken, völlig aufgegeben? wie diese frage zu beantworten, dürfte wesentlich davon abhängen, wann zuerst anerkannt worden dafs für derartige wider den schuldner selber unklagbare verträge eine gültige adpromissio platz greifen könnte. dafs pupillen ohne des tutors mitwirkung etwas versprochen und adpromissoren diesem versprechen beigetreten, dürfte ein fall sein der wenigstens in älteren zeiten sehr selten vorkam; und es wäre daher sehr möglich dafs zu der zeit wo man solcher adpromissio volle wirksamkeit beilegte, man jene ältere

anschauung, dafs klagen de eadem re auch äufserlich möglichst gleiche klagen sein müfsten, bereits völlig aufgegeben hatte. dafs aber für das versprechen »post mortem dari« adpromissoren gültig verpflichtet werden konnten, wage ich nicht für ein product des neueren rechts zu erklären. doch ist zweierlei zu bemerken: einmal dafs das hervorgehobene bestreben die klage wider den adpromissor der wider den promissor gleich zu bilden zu keiner zeit volle befriedigung finden konnte, da, soweit wir zu sehn und zu ahnen befähigt sind, die klagen wider bürgen und schuldner auch äufserlich stets von einander unterschieden gewesen sein müssen; zweitens dafs jenes bestreben nie darauf gerichtet gewesen zwei gleiche klagen wirklich nebeneinander zur existenz zu bringen, vielmehr stets nur darauf dafs die formel der angestellten der der andern, wie diese angestellt lauten würde, gemäfs zu bilden. man wufste genau wie die klage wider den schuldner aus dem versprechen post mortem dari zu fassen gewesen wäre; dafs dieselbe praktisch nie angewandt werden konnte, schien eben kein hindernifs die klage wider den bürgen dem von der theorie aufgestellten vorbilde ähnlich zu gestalten, da auch die klage wider jeden andern schuldner, sobald einmal wider den bürgen geklagt worden, praktisch nicht minder unzulässig war, und man im allgemeinen sich gewöhnt hatte, das bestreben nach gleicher gestalt der betreffenden klagen dem praktischen bedürfnifs unterzuordnen. §14.

übrigens darf man die freilich etwas zweideutigen worte von Gajus [22]):

> nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum; quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus,

nicht dahin mifsverstehn dafs sponsoren und fidepromissoren für völlig nichtige d. h. gar nicht vorhandene obligationen sich verpflichten konnten. Gajus erläutert jene worte durch

[22]) III 119.

§ 14. die bereits angeführten beispiele. der contract den der pupill sine tutoris auctoritate abschlofs, begründet nach der ansicht von Gajus, sowie nach der der grofsen mehrzahl der Römischen juristen, eine naturalis obligatio[24]), und Gajus selber unterscheidet die beschränkte handlungsfähigkeit des pupillen sehr scharf von der unfähigkeit des infans und des furiosus[25]). die promissio »post mortem dare« aber begründete eine vollgültige obligation, die nur wider den promissor selber nicht klagbar war, weil der zugefügte dies bei seinen lebzeiten nicht eintreten konnte, und aus der man dann auch aus furcht vor der inelegantia juris, dafs die von dem erblasser contrahirte schuld erst wider den erben wirksam werde[26]), und nicht also weil wirklich keine schuld vorhanden gewesen wäre, wider den erben die klage versagte.

auch die fidejussio, wenngleich, wie wol anzunehmen, jünger als die beiden andern arten der adpromissio, mufs schon vor der einführung des formularprocesses bekannt gewesen sein, da auch sie bei Plautus erwähnt[27]) wird.

Tr. quattuor quadraginta illi debentur minae;
dic te daturum, ut abeat. Th. ego dicam dare?
Tr. dic. Th. egone? Tr. tu ipsus. dic modo, ausculta mihi.
promitte, age. inquam: ego jubeo.

das alter der fidejussio, wenn auch nur annähernd, zu bestimmen ist nicht unwichtig, da, wenn dieselbe zu Gajus zeit nicht als ein verhältnifsmäfsig neues rechtsinstitut anzusehn war, wir auch nicht anzunehmen haben dafs sämmtliche von ihm hervorgehobene unterschiede der fidejussio von den andern adpromissionen seit einführung der fidejussio gleichmäfsig bestanden haben, vielmehr nach dem gange den die geschichtliche ausbildung des Römischen rechts im allgemeinen ge-

[24]) Savigny Obligationenrecht § 10.
[25]) Gajus III 109.
[26]) III 100.
[27]) Mostellaria III 1 101—5.

nommen, wahrscheinlicher ist dafs die eigenthümlichkeiten der fidejussio im laufe der zeit immer mehr sich entwickelten. §14.

alles was die fidejussio, wie sie im neueren rechte sich darstellt, von den andern adpromissionen unterscheidet, läfst sich auf zwei von einander nicht ferne ausgangspunkte zurückführen. wir sehn die form des geschäfts, das den fidejussor verpflichtet, von der handlung, die den schuldner obligirt, völlig unabhängig; nicht freilich in der art dafs die form der fidejussio selber eine freie gewesen, denn noch Gajus zieht in frage[18]) mit welchem namen der bürge eigentlich zu nennen sei, der ein »idem dabis? idem promittis? idem facies?« bejaht habe, aber doch insofern als die in allen fällen formell gleiche fidejussio zu obligationen jeglicher art, gleichviel wie dieselben contrahirt waren, hinzutreten konnte[19]). zweitens aber trägt die verhaftung des fidejussors weit selbständigeren charakter als die der andern adpromissoren.

wie weit diese beiden hauptunterschiede auch schon im ältesten rechte, das heifst also bei einführung der fidejussio, hervorgetreten oder auch nur beabsichtigt gewesen, ist aus den quellen nicht klar ersichtlich, und da wir also auf vermuthungen gewiesen sind, mag es gestattet sein anzunehmen dafs zuerst durch die fidejussio nur die möglichkeit gewonnen werden sollte, bürgen auch bei nicht verbis contrahirten verbindlichkeiten anzunehmen, indem jene beschränkung vielfach lästig fallen konnte. hierdurch war bedingt dafs die klage wider den fidejussor als eine von der wider den schuldner völlig verschiedne angesehn werden mufste, und somit das bei den älteren adpromissionen mehr oder weniger ersichtliche bestreben, beide klagen ähnlich zu gestalten, völlig aufgegeben. so mögen fidejussio und die andern adpromissionen einige zeit nebeneinander bestanden haben, ohne dafs bei jener die verbindlichkeit von der hauptschuld materiell

[18]) III 116.
[19]) III 119.

§14. minder abhängig gewesen wäre als bei diesen. allmählig aber, wie wir ähnliches ja auch bei den actiones adjecticiae gesehn, gewann diese verbindlichkeit, die ursprünglich kaum mehr als eine verpflichtung zu processualischer vertretung gewesen, nur dafs nach Römischer ansicht die vertretung auf seiten des beklagten nie ohne gefahr für den vertreter war, immer mehr die natur einer wirklichen obligation, und da die verhaftung für die fremde schuld in vielen fällen in ihren resultaten ganz ebenso wie eine eigene schuld wirkte, so verloren sich aus der allgemeinen auffassung immer mehr die zwischen beiden festgehaltenen unterschiede. diese änderung der anschauung scheint auf die sämmtlichen actiones adjecticiae ziemlich gleich eingewirkt zu haben: aber von den drei adpromissionen trugen zwei streng formalen charakter, während die dritte von anfang an dem materiellen bedürfnifs sich besser zu schicken bestimmt war. so mufs es denn durchaus natürlich erscheinen dafs jene freiere auffassung, die eben aus der betrachtung der materiellen resultate sich entwickelt hatte, ausschliefslich auf die fidejussio einflufs gewann. hierzu kam dafs mit der zeit andere, freiere formen der bürgschaft eingang in den rechtlichen verkehr fanden. auch diese bildeten sich nur langsam im lauf der geschichte aus. noch zu Ulpians zeit scheint die frage nicht völlig entschieden gewesen zu sein ob die klage aus dem constitutum, und die wider den schuldner, klagen de eadem re seien[30]). es war natürlich dafs die neueren formen der bürgschaft, jemehr sie sich eigenthümlich entwickelten, destomehr auch einflufs auf die alte fidejussio übten, wie umgekehrt diese für jene oft mafsgebend gewesen war; ebenso natürlich dafs dieser einflufs sich auf die sponsio und fidepromissio nicht erstreckte, vielmehr diese alten institute gänzlich erloschen in einer zeit die ein streng förmliches recht nicht mehr zu handhaben wufste. nach dem hier angenom-

[30]) fr. 18 § 3 de pec. const. von Ulpian. auch fr. 1 § 5 eod. von demselben ist für die geschichtliche entwicklung des constitutum nicht ohne interesse.

menen entwicklungsgange würde der übergang der verbind- §14.
lichkeit auf erben, und andere noch näher zu besprechende eigenthümlichkeiten der fidejussio, als erst im lauf der zeit entstanden zu betrachten sein, nachdem man die verhaftung des bürgen bereits mehr als selbständige obligation zu erfassen sich gewöhnt hatte. zugleich wäre anzuerkennen dafs Justinian, indem er den aus der früheren natur des rechtsverhältnisses mit nothwendigkeit sich ergebenden satz, dafs die klage wider den bürgen von der klage wider den schuldner und umgekehrt von dieser jene consumirt werde, aufhob, das institut der fidejussio der bisher verfolgten geschichtlichen entwicklung durchaus gemäfs fortgebildet hätte; denn nach jener kaiserlichen verordnung konnten klagen wider den schuldner und wider den bürgen nicht mehr als klagen de eadem re gelten, und die fidejussio nahm daher jetzt ganz die natur einer selbständigen obligation an, die nur durch ihren zweck an die existenz einer andern obligation geknüpft war.

eine betrachtung aller einzelnen stellen die für die kenntnifs der entwicklung der fidejussio von bedeutung sein könnten, mufs ebenso• aufser den grenzen dieser arbeit liegend erscheinen wie eine darstellung der praktischen wirksamkeit des besprochenen instituts. beschränken werde ich mich daher einzelnes hervorzuheben, was auch im neueren rechte die fortdauernde geltung der älteren auffassung bekundet, und diesem dasjenige gegenüberzustellen, worin unverkennbar die neuere anschauung von dem wesen der fidejussio ihren ausdruck findet.

vor allem andern ist zu beachten dafs bei der fidejussio auch in neuster zeit die alte regel gilt, dafs die den bürgen verpflichtende stipulation eben nur auf das gestellt werden dürfe was auch von dem schuldner selber eingeklagt werden könnte[31]). die verpflichtung des schuldners ist in ganz gleicher

[31]) sehr ausführlich behandelt dies Philippi in der angeführten dissertation § 2.

§ 14. weise, wie für die klage wider ihn selber, so für die von dem bürgen zu übernehmende verhaftung maſsgebend. hierauf bezieht sich die regel daſs der bürge wol »in leviorem« nie aber »in deteriorem« oder »in duriorem causam« angenommen werden könne, vielmehr durch eine in dieser art eingegangene bürgschaft gar nicht verpflichtet werde, »fidejussorem omnino non obligari«[32]). aber auch in allen einzelnen fällen läſst sich die analogie der klage und der bürgschaft nachweisen, und gerade wie die pluspetition, mag sie nun re, tempore, loco oder causa erfolgt sein, immer zu einem causa cadere führen muſs, ebenso soll die auf ein entsprechendes plus gerichtete bürgschaft völlig wirkungslos bleiben. für die betagte oder bedingte fordrung kann die fidejussion gültig nur unter gleichem dies und gleicher condicio, oder unter einer für den bürgen entschieden günstigeren bestimmung eingegangen werden[33]). wären die bedingungen unter denen der schuldner und der bürge haften verschieden, und die der fidejussio hinzugefügte bedingung würde früher existent, so wäre gleichfalls die verbürgung wirkungslos[34]). ein wesentlicher unterschied zwischen bürgschaft und klage tritt freilich hierbei unverkennbar hervor, daſs nämlich eine fidejussio unter beifügung einer bedingung möglich, eine bedingte klage aber ein unding ist: aber gerade daſs dieser unterschied von den Römischen juristen besonders hervorgehoben wird, beweist daſs auch sie im übrigen klage und bürgschaft als analoge rechtsinstitute erfaſsten. so sagt Javolen:

> fr. 35 de judiciis: non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. nam neminem

[32]) vergl. fr. 8 § 7 de fidejussoribus von Ulpian, und fr. 34 eod. von Paulus.

[33]) vergl. fr. 8 de fidejussoribus von Ulpian, fr. 16 § 2 eod. von Julian, und fr. 70 pr. eod. von Gajus.

[34]) vergl. § 1 des eben citirten fr. 70 von Gajus.

puto dubitaturum quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit, judicium vero antequam aliquid debeatur, non posse. § 14.

dafs die bürgschaft ungültig wo sie auf ein plus loco gerichtet ist, bemerkt Ulpian in fr. 16 § 1 de fidej. auch vergleiche man hierüber fr. 49 § 2 eod. von Papinian, und über das verbot die fidejussio auf ein plus causa zu richten fr. 8 § 8—11 eod. von Ulpian, fr. 34 eod. von Paulus und fr. 38 pr. eod. von Marcellus.

wie die klage auf mehr, wird auch die klage auf ein andres object als das geschuldete abgewiesen. ebenso darf sich der bürge nicht zu einem andern verpflichten als worauf der anspruch an den reus geht[35]). die klage auf ein aliud wirkt insofern von der klage auf ein plus verschieden, als diese den wirklich vorhandenen anspruch consumirt, jene dagegen nicht; dieser unterschied aber konnte bei den verschiedenen arten ungültiger verbürgung natürlich nicht zum vorschein kommen, da die bürgschaft überhaupt nicht consumirend wirkt. die analogie der klage und bürgschaft mufste daher in diesem falle darauf beschränkt bleiben dafs beide gleich unfähig erscheinen neues zu schaffen.

schon vorher ist bemerkt worden dafs Justinians verordnung, welche das zwischen der klage wider den fidejussor und der wider den schuldner bestehende consumptionsverhältnifs aufhob, dem entwicklungsgange den die fidejussio bis dahin verfolgt hatte wohl entsprach. weniger günstig wird man darüber urtheilen müssen, dafs die compilatoren die strengen vorschriften über die nichtigkeit der auf ein plus gestellten bürgschaft in die neue gesetzessammlung aufnahmen. diese vorschriften waren als nothwendige consequenzen hervorgegangen aus der anschauung dafs die fidejussio eine klage wegen des anspruchs an den schuldner zu

---

[35]) vergl. fr. 42 de fidejussoribus von Javolen, fr. 70 § 2, fr. 8 § 8 und fr. 38 pr. eod.

§ 14. erzeugen bestimmt sei, und aus dem satze dafs jede klage die eine pluris petitio enthalte, ein causa cadere bewirken müsse. von beidem war man jetzt abgegangen, und dafs man dennoch bei den folgerungen beharrte wo man die grundlagen aufgegeben hatte, war eben wenigstens nicht consequent. besser dürfte es dem neuen rechtszustande entsprochen haben, wenn man jetzt die fidejussio in duriorem causam eine obligatio in eandem causam hätte erzeugen lassen. nicht gleichen tadel verdient dafs man auch bei der nichtigkeit der fidejussio in aliam rem beharrte. wäre es auch nicht unmöglich gewesen auch aus solchem vertrage eine gewisse gültige verbindlichkeit entstehn zu lassen, so konnte diese doch auch nach neuster anschauung nicht wol als fidejussio gelten.

nicht minder deutlich kann die folgende betrachtung darauf hinweisen dafs der fidejussio der anspruch an den schuldner zu grunde liegt. im Römischen recht galt wenigstens zur zeit der späteren pandektenjuristen unbestritten der satz dafs die verborum obligatio, die ohne causa contrahirt wäre, zwar eine klage erzeuge, dieser klage aber eine exceptio doli entgegenstehe [36]). der gedanke der diesem satze zu grunde lag, war offenbar dafs aus der stipulation zwar überall eine klage entspringe, die klage aber die auf keinem materiell begründeten anspruch beruhe, auch selber keinen materiellen erfolg haben dürfe. auch den fidejussor verpflichtet eine promissio, nie aber sah man darauf ob eine causa zur übernahme der fidejussio vorhanden gewesen, oder gab dem bürgen der ohne causa die bürgschaft übernommen, eine exception wider die klage des gläubigers, offenbar eben darum weil dieser klage stets der anspruch an den schuldner zu grunde lag. dafs das S. C. Macedonianum sich nicht auf die vom haussohn übernommene bürgschaft bezog, möchte ähnlich zu erklären sein [37]).

[36]) Gajus IIII 116, fr. 2 § 3 de doli m. exc. von Ulpian. vergl. Liebe Stipulation § 7.

[37]) fr. 7 pr. ed. S. C. Macedonian. von Ulpian.

war dagegen der schuldner selber verbis, aber sine causa § 14.
obligirt, so stand nun auch dem bürgen die exceptio doli zu, selbst wider den willen des schuldners[38]). hieran schliefst sich dafs überhaupt alle exceptiones rei cohaerentes ebenso von dem fidejussor, wie von dem schuldner selber, der klage des gläubigers entgegengesetzt werden können[39]). völlig entsprechend ist dafs, was der schuldner compensiren kann, ipso jure des bürgen verpflichtung mindert[40]). anzuführen ist auch dafs, wenigstens unter gewissen beschränkungen, auch die in integrum restitutio des schuldners dem bürgen zu statten kommt[41]), sowie dafs andererseits auch incommoda des schuldners auf den bürgen übergehn. man vergleiche z. b. fr. 3 § 3 quod quisque j. in alt. stat. von Ulpian:

> si is, pro quo spopondisti, impetraverit ne aliquis debitor ipsius adversus eum exceptione utatur, deinde tu in negotio, in quo spopondisti, velis exceptione uti, nec te nec ipsum oportet hoc impetrare, etsi interdum patiaris injuriam, si solvendo debitor non sit.

übrigens dürfte bei interpretation dieser stelle nicht aufser acht zu lassen sein dafs Ulpian gerade von dem redet »qui spopondit pro altero«. ob die entscheidung für fidejussoren der art, wie das Justinianische recht sie allein kennt, völlig angemessen war, mag unentschieden bleiben. dafs übrigens die

---

[38]) fr. 15 pr. de fidej. von Julian.

[39]) fr. 7 de exceptionibus von Paulus, fr. 32 de fidejussoribus und fr. 10 § 12 mandati von Ulpian. die worte Marcians im fr. 19 de except. »omnes exceptiones quae reo competunt fidejussori quoque etiam invito reo competunt« erhalten durch die vergleichung mit dem angeführten fr. 7 die gehörige begrenzung.

[40]) fr. 4 de compens. von Paulus.

[41]) man vergleiche hierüber Savigny System VII § 335. auf die schwierige frage, unter welchen beschränkungen der bürge sich auf die restitution des schuldners beziehn dürfe, gehe ich nicht näher ein, weil nach der eigenthümlichen natur der restitution aus der lösung dieser frage für unsere untersuchungen wenig zu gewinnen sein dürfte.

§ 14. einreden des schuldners auch mandatoren zu statten kamen,[42]) dürfte weniger aus der natur des mandats als aus dem einflufs zu erklären sein, den die analogie der adpromissionen auf diese art der bürgschaft ausübte.

der fidejussor hat die einreden des schuldners »quae rei cohaerent« nicht, sobald er sich donandi animo verbürgt. man betrachte fr. 9 § 3 de S. C. Maced. von Ulpian:

> non solum filio familias et patri ejus succurritur, verum fidejussori quoque et mandatori ejus, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt; tunc enim cum nullum regressum habent, senatus consultum locum non habebit.

und fr. 32 de pactis von Paulus:

> quod dictum est, si cum reo pactum sit ut non petatur, fidejussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur. igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori.

vergleicht mah hiermit den § 4 Inst. de replic.

> exceptiones autem quibus debitor defenditur plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, et recte, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est iis quod ii pro eo solverint,

so kann man leicht zu dem gedanken kommen dafs nur eben wegen der regrefsklage, und also nur wo diese begründet ist, der fidejussor die exceptionen erhalte. für das Justinianische recht könnte dies richtig sein. die klage wider den bürgen war hier nicht mehr eine klage über den anspruch an den schuldner; der einzige grund, der klage des gläubigers wider den fidejussor die exceptionen des schuldners entgegenzustellen, war die rücksicht dafs nicht auf indirectem wege, und zwar durch die mandati actio des bürgen, von dem

---

[42]) vergl. z. b. fr. 9 § 3 de S. C. Macedon. von Ulpian.

schuldner beigetrieben werde was direct von ihm nicht ein- §14.
geklagt werden durfte. dafs dies aber nicht der grund war weshalb im classischen recht der bürge die exceptiones rei cohaerentes erhielt, ergiebt sich zunächst daraus dafs, hätte man diesen grund für mafsgebend erachtet, man ebensowol auch die rein persönlichen einreden dem bürgen hätte geben müssen, und dafs auch, wo eine regrefsklage anerkannt wurde, keineswegs immer der regrefsberechtigte die einreden hatte, man denke z. b. an einen correus [43]); ferner aber daraus dafs, wo die regrefsklage des bürgen nicht durch den animus donandi ausgeschlossen war, der bürge dennoch die einreden hatte [44]). Ulpian und Paulus also, wenn anders ihre worte uns unverfälscht erhalten sind, scheinen sich hier, wie dies bei Römischen juristen überhaupt nicht selten ist [45]), etwas weit ausgedrückt zu haben, und was nur in einem, allerdings dem gewöhnlichsten, falle wahr ist, als regel für alle fälle, in denen die mandatsklage ausgeschlossen ist, auszusprechen, doch nicht ohne auf jenen einen fall, den sie allein im auge haben, speciell hinzuweisen. wufste übrigens wirklich Paulus keinen andern grund für die ertheilung der einreden an den fidejussor anzuführen als dafs dieser die mandatsklage habe, so beweist dies wie sehr man zu seiner zeit bereits das bewufstsein verloren dafs die res, auf die sich die klage wider den fidejussor beziehe, der anspruch des gläubigers an den schuldner sei.

war also die regrefsklage weder grund noch bedingung davon dafs der fidejussor die exceptionen des schuldners erhielt, so fragt sich warum dieselben dem der donandi animo sich verbürgte nicht ertheilt wurden. wahrscheinlich weil man stets der ansicht war dafs diese art der verbürgung

[43]) vergl. Savigny Obligationenrecht § 23.

[44]) fr. 16 § 1 ad S. C. Vellej. von Julian.

[45]) man vergleiche Savignys meisterhafte ausführungen über die, wirkungen der exceptionen im allgemeinen behandelnden, stellen alter juristen, System V § 249.

§ 14. eine völlig selbständige obligation des bürgen erzeugen müsse, deren causa eben jener animus donandi sei, und die nur hinsichtlich ihres zweckes in einem gewissen zusammenhange mit der obligation des ersten schuldners stehe [46]).

dafs der fidejussor für die fremde schuld verhaftet ist, spricht sich auch darin aus, dafs seine verbindlichkeit aufhört sobald jene schuld erlischt, auch wenn eine befriedigung des gläubigers nicht statt gefunden haben sollte. so namentlich wenn der gläubiger den schuldner beerbt. man vergleiche fr. 71 de fidej. von Paulus. wichtiger noch erscheint fr. 5 pr. ut legat. von Papinian:

> postquam heres ab hostibus captus est condicio legati, cujus nomine proposita stipulatione cautum fuerat, exstitit. fidejussores interim teneri negavi, quia neque jus neque persona esset ad quam verba stipulationis dirigi possint.

zu berücksichtigen ist auch der versuch, die fidejussio als eine redemptio litis aufzufassen, wovon in dem fr. 6 § 7 mandati von Ulpian gehandelt wird. freilich scheint hieraus gerade für die eigenthümliche natur der fidejussio nicht viel geschlossen werden zu können, da, wie auch Rudorff [47]) bemerkt hat, der genannte Marius Paulus sich als sponsor und nicht als fidejussor verbürgt haben dürfte.

die verschiedenen auffassungen denen das wesen der fide-

[46]) Girtanners behauptungen, Bürgschaft § 12, die darauf hinauslaufen dafs der fidejussor als solcher nur die die hauptschuld ganz vernichtenden und auch schon bei abschlufs der fidejussion vorhandenen einreden erhalte, wären schief selbst wenn stets die regrefsklage die bedingung gewesen wäre, unter der dem bürgen die exceptionen ertheilt worden wären, weil der fidejussor die regrefsklage selber nur eben als fidejussor hat. übrigens ist die angenommene unterscheidung betreffs der zuständigkeit der exceptionen durchaus willkürlich. dafs die exceptio metus von der regrefsklage unabhängig dem bürgen zustehe, sagt Labeo (im fr. 14 § 6 quod metus c. von Ulpian) ebensowenig ausdrücklich, als Paulus (im fr. 14 § 1 de except.) von den exceptionen rei judicatae, doli mali jurisjurandi und quod metus causa factum est, gleiches hervorhebt.

[47]) Zeitschr. f. g. R. W. b. XIIII (depens.).

jussio unterlag, treten bei dem falle deutlich einander ge- § 14.
genüber, wo der schuldner zu einem gewissen facere verpflichtet ist und der fidejussor dies facere unmöglich macht. als alte regel galt im Römischen rechte dafs die eintretende unmöglichkeit der erfüllung den schuldner befreite, wenn dieser nicht jene unmöglichkeit selber herbeigeführt[48]), oder bereits vor eintritt der unmöglichkeit sich in mora befunden hatte[49]). in diesen beiden fällen bestand natürlich auch des fidejussors verhaftung fort neben der hauptschuld[50]). dadurch aber dafs der fidejussor jene leistung unmöglich macht, kommt der schuldner sicher nicht in mora; auch ist der schuldner im allgemeinen für was der bürge thut nicht verantwortlich: sonach bedingt die consequenz dafs der schuldner frei werde wenn der bürge das geschuldete facere unmöglich macht; und war nun wirklich der bürge nur für des schuldners obligation verhaftet, so mufste mit jener auch seine eigene verbindlichkeit erlöschen. analog scheint der fall, wo der schuldner, zu einem non facere verpflichtet, einen bürgen gestellt hat, der das verbotene facere vollbringt: hier kann so wenig wider den schuldner, qui nihil fecit, als wider den bürgen, der das non facere nicht selber schuldete, geklagt werden. man sehe fr. 49 § 1 de verb. obl. von Paulus. gleich consequent erfafsten die alten juristen den erst besprochenen fall.

fr. 19 de dolo malo (Papinianus l. 37 quaestionum): si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.

---

[48]) fr. 91 de verb. obl., fr. 36 § 2 de her. pet. von Paulus, sent. rec. V 7 § 4.

[49]) fr. 5 pr. de reb. cred., fr. 23 de verb. obl. von Pomponius, fr. 82 § 1 cod. von Ulpian.

[50]) fr. 24 § 1 de usuris, fr. 49 pr., fr. 88 de verb. obl., fr. 58 § 1 de fidej. von Paulus.

§ 14. anders aber freilich mufste die entscheidung lauten, wenn man eine eigene mehr oder weniger selbständige auf die person des bürgen bezügliche obligation annahm; diese durfte der fidejussor durch die eigene handlung nicht zerstören. so sagt Paulus [51]):

> sed si fidejussor hominem occiderit, reus liberatur, fidejussor autem ex stipulatione conveniri potest.

und Papinian [52]), der also im citirten fr. 19 nur ältere meinung [53]) anführt:

> doli actio non immerito desiderabitur, aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur si debitor sine herede decessisset.

geschichtlich interessant ist übrigens dieser fall vornehmlich darum, weil wir auch das mittelglied zwischen den beiden einander direct entgegenstehenden meinungen kennen: denn African [54]) berichtet:

> in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem qui hominem promissum occidit.

auch vergleiche man fr. 32 § 5 de usuris von Marcian:

> item si fidejussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit, sed utilis actio in hunc dabitur.

wol möglich dafs auch die von Paulus und Papinian genannte ex stipulatu actio noch eine utilis actio war: aber man kümmerte sich nicht darum, weil man von der alten anschauung, der der untergang der bürgschaftsverbindlichkeit als nothwendige consequenz des erlöschens der hauptschuld erschien, abgewichen war.

---

[51]) fr. 88 de verb. obl.

[52]) fr. 95 § 1 de solut.

[53]) vergl. übrigens Savignys System V s. 615, und Ribbentrop Correalobligationen s. 32.

[54]) fr. 38 § 4 de solutionibus.

ähnlich müssen die verschiedenen auffassungen einander §14.
in bezug auf die annahme einer mora gegenüber gestanden haben. haftet der fidejussor nur für die fremde schuld und schuldet nichts in eigner person, so ist auch eine mora, »cum apud eum steterit quominus . . .«, nicht wol anzunehmen. dies war die alte anschauung, über die Marcian in dem citirten fr. 32 zu vergleichen ist. sobald man aber eine mehr selbständige verpflichtung des fidejussor annahm, mufste man auch eine mora desselben möglich erachten, so gut wie eine mora des de peculio verhafteten pater familias. und dafs diese anschauung den Römischen juristen nicht fremd gewesen, beweisen fr. 44 de operis lib. und fr. 127 de verb. obl. von Scaevola.

von den eigenthümlichkeiten der fidejussio, in denen sich die neuere auffassung bekundet die der obligation des fidejussors gröfsere selbständigkeit zuschreibt, ist zunächst der übergang der obligation auf erben hervorzuheben. die fidejussio gehörte also als passivum zum vermögen des fidejussors, da nur eben vermögen auf die erben übergeht. weit entfernt bin ich die behauptung dafs auch die fidejussio anfänglich unvererblich gewesen, für anderes als für eine vermuthung auszugeben. wäre sie falsch, so würde dies keine wesentliche änderung meiner ansicht über die geschichtliche entwickelung der fidejussio bedingen. nur das wäre einzuräumen, dafs die Römer von anfang an der fidejussio eine gröfsere selbständigkeit zugeschrieben hätten als ich anerkennen möchte; dafs aber diese selbständigkeit sich mit der zeit immer mehr und mehr fortgebildet und gekräftiget, bliebe nichts desto weniger wahrscheinlich. übrigens dürfen wir uns von der obigen vermuthung auch nicht durch den gedanken abschrecken lassen, dafs überall die verwandlung eines unvererblichen rechtsinstituts in ein vererbliches eine schwierige und weitläufige sei, und eine solche daher in der rechtsgeschichte ohne zwingenden beweis nicht angenommen werden könne. es wäre wol möglich dafs anfangs niemand je darauf

§ 14. verfallen wäre wider den erben eines fidejussor zu klagen, und dafs dennoch mancher erbe, aus pietät für die fides des erblassers, die durch das »fide mea esse jubeo« besonders festgebunden erscheinen mochte, den gläubiger befriedigt hätte. war der schuldner nicht völlig insolvent, so war das gebrachte opfer kein grofses. was oft aus persönlicher anhänglichkeit geschehn, konnte, nachdem es allgemein sitte geworden, von dem einzelnen bald im bewufstsein der verpflichtung gethan werden, und nun war kein grund vorhanden die auch formell wider den erben des fidejussors leicht begründete klage zu versagen. diese entwicklung ist desto wahrscheinlicher je weniger im alten Rom processirt wurde. hätte es praejudicien gegeben, die den erben eines fidejussors freisprachen, so hätte dieser umschlag der allgemeinen rechtsanschauung nicht leicht eintreten können; aber dies argument ist kraftlos, da nichts uns zwingt das vorhandensein solcher praejudicien anzunehmen, und wir wissen dafs auch über zweifellos klagbare ansprüche, wie z. b. die auf rückgabe der dos, jahrhunderte lang keine klage angestellt worden ist.

bezeichnend für die angenommene selbständigkeit der fidejussio ist ferner dafs der fidejussor als defensor für den schuldner[55]) und der schuldner als vertreter des fidejussors auftreten[56]), ebenso dafs der fidejussor für seine verhaftung wiederum einen bürgen stellen kann[57]). wenn der schuldner den bürgen oder dieser jenen beerbt, so prüften bereits ältere juristen, z. b. Proculus und Sabinus, ob hier die fidejussorische obligation erlösche oder nicht. schon dafs die frage aufgeworfen wurde, genügt zu beweisen dafs man der verpflichtung des fidejussor selbständigkeit zuschrieb, da neben der directen eine rein accessorische verhaftung desselben schuldners, für die eigene schuld die klage zu über-

[55]) so im fr. 63 § 1 pro socio.

[56]) vergl. fr. 10 § 12 mandati auch von Ulpian.

[57]) fr. 8 § 12 de fidejussoribus von Ulpian.

nehmen, ebensowenig denkbar sein würde wie dafs der schuldner als defensor für sich selber auftreten könnte. übrigens werden dieser und ähnliche fälle in verhältnifsmäfsig vielen pandektenfragmenten besprochen, und man gelangte schliefslich zu dem resultat, dafs zwar die bürgschaftsverbindlichkeit in die hauptschuld aufgehe, doch, wo sie wirksamer als jene, diese gröfsere wirksamkeit nicht erlöschen dürfe. zu vergleichen hierüber sind fr. 32 § 1 de cond. ind. und fr. 14 de fidejussoribus von Julian, fr. 21 § 1 — 5. eod., fr. 38 § 5 de solut. von African, fr. 93 § 2 — 3 eod. von Scaevola, fr. 3 pr. § 1 de separat., fr. 50 de fidej. von Papinian, fr. 13 de duob. reis von Venulejus. §14.

unsere untersuchungen über das wesen der adpromissionen mögen hier abbrechen, nachdem wir für beantwortung der frage, inwiefern die klagen wider den schuldner und wider den bürgen als klagen de eadem re zu betrachten seien, die feste grundlage gewonnen haben. wir haben gesehn dafs im älteren rechte jede adpromissio eine verbindlichkeit des adpromissors begründet, sich für die schuld eines dritten ausklagen zu lassen, und dafs daher die klage wider diesen dritten wegen eben dieser schuld und die klage wider den adpromissor nothwendig als klagen über dieselbe res erscheinen mufsten. sponsio und fidepromissio haben ihren charakter nicht verändert; dagegen erlangt die fidejussio, die von anfang an freierer natur gewesen, immer gröfsere selbständigkeit, bis endlich nach Justinians constitutionen die klage wider den fidejussor nicht mehr als klage über die schuld des debitors gelten kann.

Identität der res.

§ 15. Uebersicht der merkmale der identität.

§15. Die untersuchungen des vorigen abschnitts behandelten die frage, wie ein klagbarer anspruch consumirt werde, und bezogen sich daher auf die actio, als dasjenige was consumirend wirke, und die res, als den gegenstand der consumption, sowie auch auf das verhältnifs beider zu einander. denken wir uns nun als richter, vor denen einer von beiden theilen sich darauf beruft, dafs der von dem gegner verfolgte anspruch bereits durch eine klage verzehrt worden, so werden wir unsere augen auf zweierlei zu richten haben: einmal, ob das verfahren das statt gefunden, der art gewesen dafs die res, welche demselben zu grunde lag, dadurch consumirt worden; zweitens, ob diese consumirte res dieselbe sei, die jetzt wiederum eingeklagt werde.

die annahme dafs der richter hier eine zwiefache prüfung anzustellen habe, mag willkürlich erscheinen. wo es sich um eviction der gekauften sache handelt, wird niemand behaupten dafs der richter zuerst zu prüfen habe ob eine sache verkauft, sodann ob die verkaufte dieselbe sei, die jetzt evincirt worden; der richter soll eben nur das ergründen, ob die evincirte sache verkauft, oder was ebensoviel, ob die verkaufte sache evincirt ist. ebenso, möchte es scheinen, habe der richter hier nur zu ermitteln ob über den eingeklagten anspruch bereits ein mal klage erhoben worden; jede zerlegung dieser frage sei ungerechtfertigt. der unterschied aber zwischen beiden fällen besteht darin, dafs über die identität einer verkauften sache überhaupt nur ausnahmsweise streit zwischen den parteien sein kann, und gewifsheit hierüber meist durch sinnliche wahrnehmung zu erlangen ist, wogegen die res auf die eine klage sich bezieht, nach ihrer eigenthümlichen beschaffenheit, und da sie auch in der formel

keinen bestimmten ausdruck findet, immer nur durch eine mehr oder weniger freie geistesthätigkeit erkannt werden, und daher die untersuchung, ob mehre vielleicht äuſserlich ganz verschiedene klagen auf dieselbe res zu beziehen seien, mit bedeutenden schwierigkeiten verbunden sein kann. es kann also auch nicht befremden daſs die frage, woran die identität der res bei mehren klagen zu erkennen sei, von den Römischen juristen mehrfach sehr sorgfältig besprochen wird. man sehe zunächst §15.

fr. 27 de exc. rei jud. (Neratius l. 7 membr.): cum de hoc an eadem res est quaeritur, haec spectanda sunt:

I. personae,

II. id ipsum de quo agitur,

III. causa proxima actionis.

nec jam interest qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset; perinde ac si quis, posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae repperisset.

und

fr. 12 eod. (Paulus l. 70 ad ed.): cum quaeritur haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est

I. an idem corpus sit,

fr. 13 eod. (Ulpianus l. 75 ad ed.): quantitas eadem, idem jus,

fr. 14 eod. (Paulus l. 70 ad ed.) et

II. an eadem causa petendi, et

III. eadem condicio personarum;

quae nisi omnia concurrunt, alia res est. idem corpus in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur.

Neratius und Paulus führen offenbar dieselben merkmale auf, nur in verschiedener reihenfolge. zu vergleichen mit ihren aussprüchen ist eine definition Julians die Ulpian anführt:

fr. 3 de exc. rei jud. Julianus libro tertio digestorum

§ 15. respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur,

und hiermit genau übereinstimmend,

fr. 7 § 4 eod.: et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii.

es scheint als ob nach Julians auffassung die »eadem quaestio«, die er neben der personenidentität allein hervorhebt, die stelle der »eadem causa« und des »idem corpus« bei Neraz und Paulus vertreten solle. wichtig ist die bemerkung Julians dafs auch »alio genere judicii de eadem re« gestritten werden könne. sie wird bestätigt von Ulpian:

fr. 5 de exc. rei jud.: de eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat: sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re .... ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de ea re agere.

indem wir vorläufig ein näheres eindringen in die bedeutung der von Julian als kennzeichen der identität angeführten »eadem quaestio« aussetzen, wenden wir uns zu der betrachtung der von Neraz und Paulus, wenn auch mit verschiedenen ausdrücken, übereinstimmend angegebenen merkmale, und schliefsen hieran die untersuchung, inwiefern mehre klagen, mit denen de eadem re processirt werden kann, von einander verschieden sein dürfen.

§ 16. Dieselben personen.

§ 16. Als erstes kennzeichen der identität der res nennt Neratius »eaedem personae«; ihm stimmen auch Julian und Ulpian bei. etwas vorsichtiger als sein vorgänger redet Paulus von der »eadem condicio personarum«. aufser den im vorigen paragraphen bereits angeführten stellen sind hierüber auch noch fr. 22 de exc. rei jud. von Paulus, fr. 29 pr.

eod. von Papinian und fr. 63 de re jud. von Macer zu ers. vergleichen.

dafs die identität der personen als bedingung der identität der res erscheint, ist die nothwendige folge davon dafs nach Römischer anschauung die res, wie die denselben nahverwandten obligationen, der regel nach unübertragbar waren. kann die fordrung des A nie auf den B übergehn, so ergiebt sich unmittelbar dafs die fordrung des einen von der des andern eine völlig gesonderte existenz haben mufs. die unübertragbarkeit aber erleidet, wie bei den obligationen, so bei den res gewisse ausnahmen.

activ und passiv können obligationen vom erblasser auf den erben übergehn; die fordrung des erben ist dieselbe fordrung die früher dem erblasser zugestanden. ebenso kann im allgemeinen jede res auf erben übergehn, und der eintritt des erben in dieselbe erzeugt keineswegs eine neue res. des Paulus ausspruch »personarum mutatio aliam atque aliam rem facit« gilt in diesem falle nicht. hatte der erblasser bereits geklagt über die res und der erbe träte nun in gleicher art klagend auf, so wäre seine klage als actio de eadem re zurückzuweisen, obgleich jetzt die res sich auf seine eigene person bezöge und aus seiner person noch keine klage über diese res statt gefunden hätte. dafs übrigens klagen des erben und des erblassers trotz der verschiedenheit der personen als klagen de eadem re zu betrachten seien, war den Römischen juristen so unzweifelhaft, und erscheint den grundregeln über die erbfolge so durchaus entsprechend, dafs wir uns nicht wundern dürfen diesen satz nirgends ausdrücklich hervorgehoben zu sehn. in einzelnen fragmenten scheinen entfernte andeutungen erkennbar zu sein: so in Modestins worten im fr. 10 de except.:

> Modestinus respondit: res inter alios judicata aliis non obest; nec si is contra quem judicatum est, heres extiterit ei contra quem nihil pronuntiatum est, hereditariam ei litem inferenti praescribi ex ea sententia posse,

§ 16. quam proprio nomine disceptans, antequam heres exstiterit, excepit.

vielleicht auch in dem fr. 63 de re jud. von Macer:

diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior, quia neque ex eo jure quo Titius victus est vindico, neque potui Titio intercedere quo minus jure suo utatur; sicuti et de coherede supra diximus.

gewisse res aber können nicht allein durch erbschaft von einer person auf die andre übertragen werden. eigenthum und ähnliche rechte waren wenigstens in den uns näher bekannten zeiten Roms frei veräufserlich. mit dem ganzen recht geht hier auch der einzelne klagbare anspruch, der sich als ausfluſs dieses rechts darstellt, vom auctor auf den rechtsnachfolger über. daher gilt die klage dieses successors im verhältniſs zu der klage des auctor als klage de eadem re; und wo daher der auctor bereits geklagt hat, steht auch seinem nachfolger die exceptio rei judicatae entgegen. so sagt Papinian allgemein im fr. 28 de exc. r. jud.:

exceptio rei judicatae nocebit ei qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est.

übrigens liegt zu tage daſs, sobald man eine übertragung von rechten einer person auf die andre mittels universal- oder singularsuccession als möglich zuliefs, man zugleich auch anfangen muſste die aus dem übertragenen rechte flieſsenden klagen, gleichviel ob sie von dem auctor oder von dem successor angestellt waren, als klagen de eadem re zu betrachten, indem es sonst gar leicht gewesen wäre durch fingirte übertragung des betreffenden rechts die wirksamkeit unserer regel gänzlich zu zerstören. auch die andre vielfach anerkannte[1]) regel, daſs niemand mehr recht übertragen könne

[1]) vergl. z. b. fr. 67 de contr. empt. von Pomponius, fr. 20 de acq. rer. dom., fr. 54 und fr. 59 de reg. juris von Ulpian, fr. 120 und 170 § 1 eod. von Paulus.

als er selber habe, zwang dazu dem beklagten dieselben § 16.
rechtsmittel wider den rechtsnachfolger zu ertheilen, die ihm wider den auctor zugestanden haben würden.

einzelne fälle in denen die consumption wider singularsuccessoren wirksam wird, sind hier noch anzuführen. wo der verkäufer geklagt hat, da tritt auch dem käufer die exceptio rei judicatae entgegen; man sehe fr. 16 § 1 rat. rem hab. von Pomponius, und vergleiche mit fr. 22 § 8 eo d. von Julian. ebenso aber steht die exception auch dem pfandgläubiger als rechtsnachfolger entgegen, wenn der verpfänder bereits vor der verpfändung auf die verpfändete sache geklagt hatte; fr. 3 § 1 de pign. et hyp. von Papinian, und fr. 11 § 10 de exc. rei jud. von Ulpian. aber auch wenn der zuerst beklagte den besitz der sache, wegen deren er belangt worden, einem dritten übertragen hat, so bewirkt dieser eintritt einer neuen person keine neue res. die klage wider den besitznachfolger gilt als klage de eadem re, so gut wie die klage des rechtsnachfolgers. daher wird auch hier die regel »bis de eadem re ne sit actio« wirksam, und der besitznachfolger erhält wegen der wider seinen auctor angestrengten klage die exceptio rei judicatae. man vergleiche fr. 9 § 2 de exc. rei jud. und fr. 11 § 3 eod. von Ulpian, der hier auf Julian, und die parallelstelle fr. 25 § 8 fam. erc. von Paulus, der auf Pomponius sich bezieht.

wo übrigens persönliche klagen, den dinglichen ähnlich, nicht unmittelbar an bestimmte personen geknüpft sind, sondern, wie z. b. die actio aquae pluviae arcendae, durch recht und besitz mit der person der betheiligten verbunden werden, kann natürlich auch ein übergang der res durch übertragung von recht oder besitz seitens des vorgängers auf den nachfolger bewirkt werden; daher die neue klage dieses oder wider diesen als zweite klage de eadem re abzuweisen ist. man sehe fr. 11 § 9 de exc. rei jud.:

si egero cum vicino aquae pluviae arcendae, deinde alteruter nostrum praedium vendiderit, et emptor agat vel

§16. cum eo agatur, haec exceptio nocet: sed de eo opere, quod iam erat factum, cum judicium acciperetur.

§ 17. Die correalobligationen.

§17. Haben wir bisher die fälle betrachtet wo die res trotz successiver personenverschiedenheit, indem Sejus an die stelle des Lucius tritt, als identisch gelten, so ist jetzt zu bemerken dafs das Römische recht eine gewisse identität der res auch bei gleichzeitiger personenverschiedenheit anerkennt, so dafs in bestimmten fällen des Lucius und des Sejus klagen actiones de eadem re sind, ohne dafs einer von beiden in die stelle des andern eingerückt wäre, und ohne dafs der eine die res des andern einklagte, respective wegen derselben ausgeklagt würde. fälle dieser letzten art haben wir bereits bei der adstipulatio, den adpromissionen und den actiones adjecticiae qualitatis kennen gelernt.

dafs eine res oder eine fordrung zu verschiedenen zeiten in verschiedener gestalt sich darstelle, und auch auf verschiedene personen nach einander sich beziehe, dabei aber doch stets eine und dieselbe bleibe, ist eine einfache und natürliche anschauung, sobald wir der res und der obligation ein gewisses leben, das heifst dauer in der zeit und zugleich eine wenn auch beschränkte wandelbarkeit zugestehn. aber dafs zu gleicher zeit existirende ansprüche verschiedener personen oder an verschiedene personen, die res des Sejus und die des Lucius, als ein und dieselbe res zu betrachten seien, scheint nicht eben so nahe zu liegen. die obligationen auf welche diese betrachtungsweise anwendung findet, nennen wir correalobligationen. gewifs thäten wir sehr unrecht, wollten wir sie als ein product der spitzfindigkeit Römischer juristen auffassen: erwachsen aus dem täglichen verkehr wurden sie ausgebildet von den juristen mit strenger consequenz und in genauem anschlufs an die formen des processes. mit dem untergange des formellen processes verloren sie an bedeutung.

erst nachdem wir wieder kenntnifs von diesem verfahren ge- §17.
wonnen, gelang es auch hier dem Römischen scharfsinn annähernd zu folgen. die grofsen verdienste die Keller [1]) und Ribbentrop [2]) hier sich erworben, sind längst gebührend anerkannt; von allen spätern bearbeitern hat Savigny [3]) diese lehren am meisten gefördert, indem er den exceptionellen charakter der correalobligationen gebührend würdigte, und demgemäfs auch die actiones adjecticiae qualitatis aus ihrer zahl verwies. indem ich Savignys darstellung als feste grundlage voraussetze, will ich versuchen einige unterscheidungen noch schärfer durchzuführen.

es ist durchaus kein seltner fall dafs durch eine gemeinsame handlung mehre personen einer dritten gegenüber zugleich verpflichtet oder berechtigt werden. wo dies geschieht, mufs als regel gelten, dafs die so entstehenden verbindlichkeiten oder fordrungen aller einzelnen frei nebeneinander bestehn, dafs jeder anderes, wenn auch gleiches, schuldet oder zu fordern hat als jeder andere, und was von dem einzelnen oder an den einzelnen zu leisten ist, zu der von allen oder an alle zu machenden leistung sich verhält wie der theil zum ganzen. dies ist der erfolg sowol wo durch gemeinsamen vertrag ohne besondere nebenbestimmung mehre sich verpflichten oder berechtigen [4]), als wo mehre gemeinsam ein delict verüben betreffs der zu erlegenden strafe. in bezug auf den dem verletzten zugefügten schaden mag hier der einzelne oft ein duplum oder quadruplum zu entrichten haben: aber verglichen mit dem was von allen

[1]) Lit. Cont. § 49 und § 52 folg.

[2]) Correalobligationen.

[3]) Obligationenrecht § 16 folg.

[4]) ebenso wo ein geschäft eines sklaven mehre herrn zugleich berechtigt. sehr anschaulich macht dies fr. 5 de stip. serv. von Ulpian: »servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore. et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent«.

§17. delinquenten zusammen zu leisten ist, schuldet der einzelne doch nur einen theil. auch wo durch succession eine obligation auf mehre berechtigte oder verpflichtete übergeht, gilt die gleiche regel, dafs die obligation nach der anzahl der succedenten in einzelne partialobligationen zerfällt.

ausnahmsweise aber kann durch eine handlung auch eine solche verpflichtung oder berechtigung mehrer personen begründet werden, dafs jeder einzelne das ganze, und mithin dasselbe wie jeder andere, zu leisten oder zu fordern hat, daher der gegenüberstehende gläubiger oder schuldner von allen zusammen nicht mehr zu empfangen, respective an alle nicht mehr zu zahlen hat als von jedem oder an jeden allein. wo rechtsverhältnisse dieser art begründet sind, finden wir in den quellen vielfach den ausdruck »duo« oder »plures rei« gebraucht zur bezeichnung der also gemeinsam verpflichteten oder berechtigten. einzeln heifsen jene »rei debendi« oder »promittendi«, diese »rei credendi« oder »stipulandi«. aus dem einmal gebrauchten ausdruck »correi« ist die moderne terminologie erwachsen, der »correalität«, »correalobligationen« und ähnliches wohlbekannte bildungen sind.

gewifs mufs man der jetzigen wissenschaft des Römischen rechts die befugnifs zugestehn neue ausdrücke zu erfinden und zu benutzen, deren sie in ihrem systematisirenden bestreben nothwendig bedarf: aber die gefahr ist nicht zu verkennen dafs unter dem modernen namen ein moderner begriff entwickelt werde. so hatte man namentlich unter den namen der correalobligationen bis auf Ribbentrop ganz ungleichartige rechtsverhältnisse zusammengefafst, und wunderte sich dann nicht wenig, wenn die von Römischen juristen für einige derselben gegebenen regeln auf andre, die man in denselben rahmen zu spannen bestens bemüht war, durchaus nicht passen wollten.

das gebiet der correalobligationen darf nicht weiter ausgedehnt werden, als nach Römischer anschauung der ausdruck »duo rei« anwendung finden kann. der ungebühr-

lichen erweiterung der grenzen entginge man am sichersten, wenn man nur wo die quellen jenen ausdruck bezeugen, von correalobligationen reden wollte. freilich aber sind unsere quellen so unvollkommen dafs man auf ihr stillschweigen nicht allzuviel bauen, und was vielleicht nur der zufall verschuldet hat, nicht für eine feste grundlage halten darf. wo also obligationen ihrem wesen nach den durch jenes zuverlässigste merkmal vollbeglaubigten correalobligationen völlig gleichartig erscheinen, wird man ihnen auch diesen namen zubilligen und die demselben entsprechenden regeln auf sie anwenden können. §17.

wesentlich gleichartig aber sind den unzweifelbaren correalobligationen nur wenige schuldverhältnisse, und nur solche von relativ geringer bedeutung; wogegen manche andre von weit gröfserer bedeutung denselben äufserlich ähnlich erscheinen können.

es giebt eine reihe von fällen[5]) bei denen auch mehre verpflichtete einem berechtigten in der art gegenüberstehn, dafs jeder von ihnen dasselbe, und zwar die ganze von dem gläubiger zu fordernde leistung, schuldet, wo also, wie bei den correalobligationen, alle zusammen nicht mehr zu leisten haben als der einzelne, und wo die leistung jedes einzelnen alle andern liberirt, die aber dennoch von den correalobligationen sowol ihrer entstehung als ihrer wirkung nach verschieden sind. dieser art sind die verbindlichkeiten mehrer die gemeinsam ein delict verübt haben betreffs des zu gewährenden schadenersatzes, ferner die verhaftung von mehren depositaren, miethern, commodataren oder mitvormündern hinsichts der dem verkürzten gläubiger zu leistenden entschädigung, insoweit nämlich jeder einzelne hiezu durch eigenen dolus, respective culpa, verpflichtet ist. in den meisten fällen sind hier die auf dasselbe object gerichteten obligationen gar nicht aus derselben handlung entsprungen: aber auch wo

[5]) vergl. Savigny Obligationenr. § 20.

§17. dies geschehen, wo durch wirklich gemeinsame handlungen die verpflichtung begründet worden, fehlt überall der wille eine gemeinsame obligation zu erzeugen, der für das entstehen der correalobligationen charakteristisch ist.

hinsichts ihrer wirkung aber sind diese obligationen dadurch von den correalobligationen unterschieden, dafs hier die obligationen der einzelnen verpflichteten nicht als obligationen de eadem re gelten; daher auch die klage wider den einen die wider den andern nicht consumirt. dafs man diese obligationen so lange den correalobligationen zugezählt, findet wol darin vornehmlich seinen grund, dafs bei beiden classen von obligationen man in den quellen vielfach den ausdruck »in solidum obligari« auf den einzelnen schuldner angewendet fand.

noch näher verwandt erscheinen den correalobligationen die bei den actiones adjecticiae qualitatis vorhandenen, sowie die durch adstipulatio und adpromisso begründeten schuldverhältnisse. jene hat, wie bemerkt, Savigny bereits von den correalobligationen ausgeschlossen, von diesen Liebe [6]) wenigstens das verhältnifs des fidejussors zum hauptschuldner als nicht correales dargestellt. dafs man die genannten beiden classen von obligationen den correalobligationen anzureihen pflegt, scheint übrigens darauf zu beruhn, dafs man gewöhnlich die durch die litiscontestation mit einem der mehren schuldner bewirkte liberation der übrigen als das wichtigste kennzeichen der correalobligationen betrachtete, obgleich Ribbentrop [7]), auf den alle späteren bauen, ausdrücklich erklärt dafs er kein allgemeines merkmal aufzufinden wisse.

die wesentlichen unterschiede der correalobligationen von ähnlichen schuldverhältnissnn können wir klar nur dann erfassen, wenn wir das wesen dieser obligationen selber sicher erkannt haben. bei der betrachtung der auf die correalver-

---

[6]) Stipulation § 17.

[7]) Correalobligationen § 16.

hältnisse bezüglichen quellenzeugnisse drängt sich unwillkür- §17.
lich der gedanke auf, dafs der fall wo eine correalverbind-
lichkeit durch stipulation erzeugt wird, wie zu allen zeiten
der häufigste, so auch der ursprüngliche gewesen sein müsse.
eben so nahe liegt die bemerkung dafs active correalobliga-
tionen seltner und jüngeres ursprungs gewesen zu sein scheinen
als passive. nicht unwahrscheinlich ist es daher dafs gerade
die von zweien für eine gemeinsame schuld durch stipulation
übernommene correalverbindlichkeit derjenige fall gewesen, der
zuerst in den rechtlichen verkehr eingang gefunden [*]).

auch heut zu tage finden leicht zwei zusammen mehr
credit als die summe dessen den jeder einzelne geniefst. nicht
dafs der gläubiger darum geneigter wird dem Sejus zu borgen,
weil ihm vielleicht auch was er an Lucius verborgte aus-
fällt: kann er aber was er Lucius gab auch von Sejus, und
umgekehrt was Sejus empfing von Lucius einfordern, so ist
leicht ersichtlich wie die so gewonnene gröfsere sicherheit
und bequemlichkeit ihn zum borgen geneigter macht. kleiden
wir dies geschäft in Römische formen. Haberius giebt 100
als darlehn an Sejus und Lucius. wird nichts näheres be-
stimmt, so schuldet jeder der beiden empfänger nur 50, und
dies kann leicht für den gläubiger ein schlechteres geschäft
sein als wenn er die 100 ganz dem einen zuverlässigeren
dargeliehn hätte. also hält Haberius darauf dafs Lucius für
Sejus und dieser für jenen sich verbürgt. jeder von beiden
schuldet nun aus eigner person und aus dem realcontract
50, und 50 alieno nomine aus dem verbalcontract. dennoch
aber kann Haberius im ganzen nur zweimal 50 von einem
oder von beiden schuldnern einfordern. seit alter zeit war

*) dies und die folgenden entwicklungen stimmen in der haupt-
sache mit den von Savigny vorgetragenen ansichten überein. dennoch
habe ich mich selbständiger ausführungen nicht überhoben geglaubt,
theils der vollständigkeit der eigenen darstellung zu liebe, theils um
dem scheine zu entgehn, als wolle ich kühne behauptungen auf fremde
autorität bauen.

§17. es in Rom sitte die verschiedenartigsten verträge, wo irgend nutzen davon zu erwarten war, in die stipulationsform einzukleiden. that man dies auch hier, so wurde das geschäft einfacher und die sicherheit des gläubigers gemehrt. wenn Lucius, der 50 re und 50 verbis schuldet, 100 promittirt, und ebenso Sejus, so schwindet der unterschied dessen was jeder im eigenen namen und wieder im fremden namen schuldet, und dies mehrt die bequemlichkeit und sicherheit des gläubigers, der jetzt mit einer klage die gesammten 100 einfordern kann, und einen übergang von exceptionen auf die person des bürgen nicht zu fürchten braucht. aber mehr soll der gläubiger nicht bekommen als die ursprünglichen 100, ebensowenig jetzt wo zweimal 100 verbis geschuldet werden, als wo früher 100 re und 100 verbis geschuldet wurden: das materielle rechtsverhältnifs hat sich nicht geändert*).

hatte man einmal die möglichkeit anerkannt, durch stipulation bei gemeinsamer schuld zwei schuldner so zu verpflichten dafs von jedem der beiden die ganze schuldsumme eingeklagt werden konnte, so mochten leicht gründe verschiedener art auch die einführung analoger activer correalobligationen wünschenswerth machen; formell waren die schwierigkeiten im einen falle nicht gröfser als im andern. wie die stipulation, durfte dann auch der litteralcontract zur begründung von correalobligationen geeignet erscheinen. die bonae fidei verträge wurden sicher nicht bevor ihre klagbarkeit allgemein anerkennung gefunden hatte, zur erzeugung von correalverbindlichkeiten benutzt, und wenn vielleicht auch in einzelnen andern fällen eine verpflichtung mehrer rei anerkannt wurde, wie aus testamentarischen verfügungen oder aus bestimmten erkenntnifsformeln, so können diese gewifs noch weniger für ursprüngliche gelten.

allen diesen fällen gemeinsam ist dafs ein schuldver-

*) sehr lehrreich für die natur der correalobligationen ist fr. 17 § 2 ad S. C. Vellej. von African.

hältnifs, das nach materiellem recht auf mehre gläubiger oder § 17.
mehre schuldner so sich bezieht dafs es den einzelnen zum theil berechtigt oder verpflichtet, durch einen bestimmten willen und ein diesem willen entsprechendes rechtsgeschäft in der art modificirt wird, dafs nunmehr jeder gläubiger auf das ganze berechtigt, jeder schuldner auf das ganze verpflichtet wird, ohne dafs hierdurch die summe des von allen zu fordernden und respective zu leistenden erweitert würde. der den mehren rei debendi gegenüberstehende creditor kann daher, wieviel er ohne jene specielle willensäufserung von allen zusammen einzufordern berechtigt wäre, ebensoviel von jedem einzelnen einklagen: aber da der ursprüngliche umfang der fordrung nicht erweitert ist, so kommt was jeder einzelne zahlt, indem es auf die summe der gesammtschuld abzurechnen ist, allen andern zu statten. aufserdem aber tritt dafs den sämmtlichen wider alle einzelnen auf den betrag der ganzen schuld gerichteten obligationen doch nur eine materielle fordrung auf eben diesen betrag zu grunde liegt, darin deutlich hervor, dafs die klagen wider alle einzelnen schuldner als klagen de eadem re gelten, daher auf wieviel wider einen geklagt wird, um soviel auch die verbindlichkeiten aller andern durch consumption gemindert werden. die schuldverhältnisse bei den adpromissionen und den adjecticiae actiones stehn den correalobligationen insofern gleich, als wegen einer res gegen mehre verpflichtete geklagt werden kann und eine materielle verbindlichkeit den obligationen[10]) mehrer schuldner zu grunde liegt; der unterschied aber waltet ob, dafs bei den correalobligationen die schuld von anfang an eine gemeinsame ist, und jeder einzelne schuldner die fremde schuld nur als ergänzung der in seiner person bereits begründeten übernimmt, während bei jenen andern schuldverhältnissen ursprünglich

[10]) zur rechtfertigung des ausdrucks »obligationen mehrer schuldner« auf die rechtsverhältnisse bei den adpromissionen und actiones adjecticiae bezüglich, verweise ich auf die ausführungen über die geschichtliche entwicklung dieser rechtsverhältnisse, oben § 13 und § 14.

§17. nur ein verpflichteter vorhanden ist, und die verpflichtung dann auf andre unmittelbar gar nicht verhaftete ausgedehnt wird. dieser unterschied wird von dem Römischen sprachgebrauch wohl beachtet. nur wo das materielle schuldverhältnifs unmittelbar auf beide schuldner sich bezieht, wird von »duo rei« gesprochen, dem »fidejussor« aber der »reus« entgegengesetzt. die ausdrücke »duo rei« und »correi« bezeichnen offenbar eine gleichstellung der betreffenden personen: sollen wir hiervon absehn bei dem gebrauch unseres begriffs der correalität, oder gleichstellen was nicht gleichzustellen ist?

dafs die actiones adjecticiae qualitatis unter die unächten fälle des correalverhältnisses zu rechnen seien, hat Savigny erwiesen; eben dahin gehören auch die adpromissionen und adstipulationen. nirgend werden hier die verschiedenen zur übernahme der klage verpflichteten oder klagberechtigten personen »duo rei« genannt; und dies kann schon wegen der grofsen fülle der hier vorhandnen quellenzeugnisse nicht wohl als zufällige auslassung erscheinen. dafs reus und fidejussor nie duo rei geheifsen, ergiebt sich überdies aus fr. 3 § 1 de duob. reis von Ulpian:

> ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unus quisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti. et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus:

und aus fr. 32 § 4 de usuris von Marcian:

> sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.
>
> § 5 item si fidejussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur.

waren reus und fidejussor duo rei, so brauchte nicht ausdrücklich gesagt zu werden dafs bei beiden rechtsverhält-

nissen gleiches gelten sollte. auch sehe man fr. 14 de duob. reis von Paulus: §17.

et stipulationum praetoriarum duo rei fieri possunt.

die praetorischen stipulationen waren der regel nach satisdationen[11]): hätten diese stets correalobligationen begründet, so war der ausdruck »duo rei fieri possunt« durchaus nicht angemessen.

die stellen die sich vornehmlich damit beschäftigen wie eine correalverbindlichkeit erzeugt werden könne, namentlich fr. 4 de duobus reis von Pomponius, fr. 6 eodem von Julian, fr. 8 eod. von Ulpian, fr. 9 pr. eod. von Papinian, fr. 12 eod. von Venulejus und ebenso pr. I. de duob. reis, gehen offenbar alle von der anschauung aus, dafs die einzelnen rei möglichst durch ein und dieselbe handlung berechtigt und verpflichtet werden müssen[12]). dagegen ist bekannt dafs reus und fidejussor sowol zu ganz verschiedenen zeiten wie durch völlig ungleichartige rechtliche handlungen verpflichtet werden konnten.

auch in ihren wirkungen waren die adpromissionen von den correalobligationen vielfach verschieden. man denke z. b. an die verschiedenen fälle einer confusion[13]) und den übergang der exceptionen[14]).

noch eins ist zu bemerken. in allen fällen wo die quellen von mehren rei sprechen, müssen wir uns die formeln der klagen eines jeden oder wider jeden derselben, abgesehn von der verschiedenheit der namen, als durchaus gleichlautend denken. dagegen dürfte feststehen dafs bei den adpromis-

---

[11]) fr. 1 § 5 de stip. praet.

[12]) dies hat Liebe a. a. o. wider Ribbentrop sorgfältig ausgeführt, und als hauptargument wider das behauptete correalverhältnifs des schuldners und fidejussors benutzt.

[13]) fr. 71 de fidej. von Paulus, fr. 21 § 3 eod. von African. vergl. auch die n. 23 und 24 angeführten stellen.

[14]) fr. 93 de solut. von Scaevola und fr. 27 pr. de pactis von Paulus. vergl. auch fr. 10 de duob. reis von Papinian.

§17. sionen so wenig als bei den actiones adjecticiae wider den accessorisch verpflichteten je mit derselben formel wie gegen den hauptschuldner geklagt werden konnte.

von den den correalobligationen eigenthümlichen wirkungen interessirt uns zumeist, dafs die von einem der mehren rei vorgenommene erfüllung die verpflichtungen aller übrigen tilgt, wie durch die einem correus credendi gewordene leistung die ansprüche der andern aufgehoben werden, und dafs, sobald mit einem correus lis contestirt ist, die klagen aller andern, respective wider die andern, consumirt sind[18]). der zahlung stehen gleich: gerichtliche deposition, in solutum datio, durchgeführte compensation, vergleich soweit er nicht reiner verzicht ist, novation, acceptilation, ableistung des eides. novation und acceptilation werden gerade hier von Römischen juristen der zahlung gleichgestellt. so sagt Venulejus:

fr. 31 § 1 de novat. si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat quaeritur, et quid juris unusquisque sibi acquisierit. fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem; ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisisse ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit cum id specialiter agit; eo magis, cum eam stipulationem simillem esse solutioni existimemus.

und Ulpian:

fr. 16 pr. de accept.: si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi qui secum obligantur: nam cum ex duobus pluribusque ejusdem

[18]) man vergleiche fr. 2 de duob. reis von Javolen, fr. 116 de verb. obl. von Papinian, fr. 5 de fidej. von Ulpian, fr. 31 § 1 de novat. von Venulejus.

obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est. § 17.

diese entscheidungen müssen als völlig consequent erscheinen, da unzweifelhaft die novatio ursprünglich bestimmt war ein wirkliches novum an stelle der alten obligation zu setzen, wie die acceptilatio das wirklich erhaltene als acceptum zu bekennen. auch der eid wird mehrfach der zahlung gleichgeordnet: so schon in den edictsworten:

solvere aut jurare cogam.

noch bestimmter von Gajus:

fr. 27 de jurej. jusjurandum etiam loco solutionis cedit.

und von Paulus:

fr. 28 § 1 eod. .... quia in locum solutionis succedit.

fr. 35 § 1 eod. sive pro solutione sive pro judicio hoc jusjurandum cedit.

um diese eigenthümlichkeiten sowie die möglichkeit zu erklären dafs einer von mehren rei stipulandi die ganze schuldsumme einklagen und einer von den rei promittendi auf den ganzen betrag belangt werden könne, hat man sich bemüht das wesen der correalobligationen in feste formeln zu fassen. so sagt Hasse [16]): hier correspondirten bald einem rechte mehre verbindlichkeiten, bald einer verbindlichkeit mehre rechte. dafs dies kein recht passendes bild sei hat Ribbentrop [17]) nachgewiesen. nach Kellers [18]) vorgange, dem auch Ribbentrop beitritt, pflegt man jetzt zwischen dem objectiven bestande der obligation und der subjectiven beziehung derselben zu unterscheiden. hinsichts des objectiven bestandes soll strenge einheit stattfinden, die subjective beziehung aber eine mehrfache sein. die möglichkeit einer solchen trennung

[16]) Beitrag zur Revision der Theorie der ehelichen Gütergemeinschaft s. 47.

[17]) Correalobligat. § 4.

[18]) Lit. Cont. § 52.

§17. aber des objectiven bestandes vom subjectiven bezuge einer obligation ist von Römischen juristen nirgends angedeutet, und halten wir fest an dem überlieferten begriff der obligation, so möchte uns der objective bestand derselben von den subjectiven beziehungen getrennt ebenso undenkbar erscheinen wie die subjective beziehung ohne objectiven bestand. überdies ist jene formel durchaus nicht geeignet um zu erklären wie die Römer, wo sie von correalobligationen handelten, bald von einer obligation, »una obligatio« und »duo rei ejusdem obligationis«[19]), sprechen, und bald wieder ausdrücklich ein nebeneinanderbestehn mehrer obligationen anerkennen konnten[20]). denn dafs »obligatio« ein mal den objectiven bestand, das andre mal eine subjective beziehung bezeichnen solle, wird niemand behaupten mögen.

logisch unmöglich ist dafs eins zwei sei. sprechen daher die Römer in demselben falle bald von einer bald von zwei obligationen, so mufs entweder jene einheit oder jene zweiheit eine fingirte sein, oder es mufs das wort obligatio in verschiedenen, vielleicht ähnlichen und zuweilen ineinander überfliefsenden bedeutungen gebraucht sein, die, wenn wir sie auch nicht völlig entsprechend wiederzugeben vermögen, doch als verbindlichkeit und klage bezeichnen dürfen. ohne zu verkennen wie mifslich es ist für Römische begriffe moderne formeln auffinden zu wollen, glaube ich doch, dafs wir das als correalobligation zu erfassende rechtsverhältnifs nicht genauer bestimmen können, denn als eine verbindlichkeit, über die mehre klagen, und zwar mit verschiedenen subjecten auf der einen oder andern seite begründet sind.

dafs wegen einer und derselben verbindlichkeit mehre

---

[19]) man sehe z. b. fr. 116 de verb. obl. von Papinian, fr. 3 § 1 de duob. reis von Paulus, und fr. 19 eod. von Pomponius.

[20]) vergl. aufser den n. 25 u. 26 citirten stellen fr. 9 § 2 de duob. reis von Papinian: »in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio« und fr. 31 § 1 de novat: »unius acceptilatione perimi utriusque obligationem«.

klagen anwendung finden können ist keine den Römern fremde anschauung. wir haben ähnliches bereits bei den actiones adjecticiae qualitatis und den adpromissionen gesehn, und werden noch die fälle zu betrachten haben wo zwischen denselben personen verschiedene klagen de eadem re begründet sind[21]). auch verträgt sich diese auffassung der correalobligationen sehr wohl mit der gewöhnlichen entstehungsart derselben, indem stipulationen überall mehr klagen als verbindlichkeiten zu erzeugen geeignet erscheinen. subject der zu grunde liegenden materiellen verbindlichkeit und der auf ihr beruhenden res bleiben auch nach der stipulation die mehren rei, aber freilich nicht mehr als partialschuldner, vielmehr haben wir alle zusammen gewissermafsen als eine gesammtheit zu erfassen, für die jeder einzelne belangt werden und respective klagen kann; objectiv aber wird an dem vorhandenen rechtsverhältnifs durch die stipulation oder durch je welchen andern die correalobligation in das leben rufenden willensakt nichts geändert. nach materiellem rechte also besteht nur eine obligation, »una obligatio«, auf das ganze leistungsobject, formell aber sind »plures obligationes« vorhanden, d. h. mehre klagbare fordrungen, die durch die verschiedenen stipulationen begründet sind. §17.

aus dieser auffassung ergiebt sich dafs, wenn Lucius und Sejus duo rei sind, die klagen beider oder wider beide actiones de eadem re sein müssen, weil sie auf dieselbe materielle verbindlichkeit sich beziehn, und dafs nur scheinbar mit der einen klage über eine res des Lucius, mit der andern über die des Sejus gestritten wird. dieser schein übrigens erklärt sich daraus dafs hier auch nach materiellem rechte Sejus und Lucius schuldner sind, (und hierauf gerade beruht der unterschied dieses rechtsverhältnisses von allen

21) vergl. auch die aussprüche: »si ex una obligatione plures actiones nascuntur« von Modestin, fr. 53 de obl. et act.; »in tutela ex una obligationes duas esse actiones constat« von Ulpian, fr. 1 § 2 de tut. et rat. distr.

§17. andern bei denen de eadem re wider verschiedene personen geklagt werden kann) freilich nicht schuldner auf das ganze, formell aber jeder einzelne auf das ganze sich verpflichtet hat. aus dem zu grunde liegen nur einer materiellen verbindlichkeit erklärt sich auch dafs zahlung, und was irgend ihr gleich steht, für alle rei befreiend wirkt, indem so der klage wider jeden einzelnen das fundament entzogen wird. als unmittelbare folge des wesens der correalobligationen nach unserer auffassung erscheint auch, dafs die mora nur dem einzelnen reus schadet [22]), und ebenso capitis deminutio [23]) und pactum de non petendo [24]) nur den einzelnen befreien.

anzuführen sind noch die entscheidungen des falles wo ein correus den andern beerbt. Venulejus sagt [25]):

si reus promittendi alteri reo heres exstiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est. nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fidejussore et reo principali, constitit alteram ab altera perimi: cum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, quare altera potius quam altera consumatur; ideoque etsi reus stipulandi heres exstiterit, duas species obligationis eum sustinere.

und Ulpian [26]) ebenso:

reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. nec enim potest reperiri, quae obligatio quam perimat: at in fidejussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est. nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui, alteram per alteram perimi: cum vero duae ejusdem sint potestatis, non potest reperiri, cur altera potius quam altera consumeretur. re-

---

[22]) fr. 32 § 4 de usuris von Marcian und fr. 173 § 2 de reg. juris von Paulus.

[23]) fr. 19 de duob. reis von Pomponius.

[24]) fr. 27 pr. de pactis von Paulus.

[25]) fr. 13 de duob. reis.

[26]) fr. 5 de fidej.; vergl. fr. 93 pr. § 1 de solut. von Scaevola.

fert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant. est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres exstiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit: plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum quas haberet, ea esset ut, cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur. §17.

nach Ribbentrops und Kellers auffassung der correalobligationen sind diese entscheidungen geradezu unbegreiflich. der objective bestand der obligation ist ein einfacher; eine mehrfache subjective beziehung ist undenkbar wo nur ein gläubiger und ein schuldner vorhanden sind. wie konnten die juristen dennoch das eigenthümliche wesen der correalobligation nicht als erloschen betrachten und nach wie vor von duae obligationes reden? völlig verständlich aber werden diese aussprüche sobald wir unter diesen »duae obligationes« klagen verstehn: denn zwei klagen können auch zwischen denselben personen sehr wohl neben einander bestehen. ebenfalls ist zu bemerken dafs von zweien rei promittendi einer für die schuld des andern sich verbürgen [27]) und ein dritter bald als bürge für einen bald für beide rei eintreten kann [28]). nach der gewöhnlichen anschauung müfste man hier die verpflichtung des bürgen als eine verhaftung für die subjective beziehung, getrennt von dem objectiven bestande einer obligation, erfassen. natürlicher ist wohl die annahme dafs der bürge überall sich verpflichtet die klage, wie sie wider hauptschuldner besteht, zu übernehmen, und dafs, weil eben wider mehre rei verschiedene klagen bestehn, auch die verhaftung eine derselben zu übernehmen von der für die andere ver-

[27]) fr. 11 pr. de duob. reis von Papinian.

[28]) fr. 6 § 1 de duob. reis von Julian, fr. 40 de fidej. von Modestin, fr. 51 § 2 eod. von Papinian.

§ 17. schieden ist, und eben daher solche verschiedene verhaftungen auch in einer person nebeneinander bestehn können.

dafs bei untheilbaren obligationen, wo mehre schuldner einem gläubiger gegenüberstehn, ein den correalobligationen völlig gleiches rechtsverhältnifs vorhanden ist, hat Savigny[28]) hervorgehoben. auch hier besteht unzweifelhaft nur eine verbindlichkeit, wie dies namentlich in dem falle wo die mehren schuldner einem erblasser nachfolgen klar ersichtlich ist: aber wegen dieser einen verbindlichkeit sind mehre klagen zulässig, indem jeder einzelne schuldner in solidum belangt werden kann. ob aber die Römer auf dies verhältnifs die ausdrücke »duo rei« oder »correi debendi« angewandt, wissen wir nicht.

noch sind hier die noxalklagen kurz zu besprechen, weil auch bei ihnen ein den correalobligationen ähnliches rechtsverhältnifs entstehn kann. wenn ein sklave eine noxa verübt, so können wider den herrn zwei klagen entstehen, eine ex persona servi, die andere aus eigenem quasidelict des herrn. von beiden spricht Ulpian im fr. 2 pr. de nox. act.:

> si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse; si autem insciente, noxalis est: nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri quam ut noxae eum dedat.

ebenso Paulus im fr. 4 § 2 eod.:

> cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio videndum est .... utroque modo dominus tenebitur.

von der delictsklage Paulus aufserdem im fr. 9 eod.:

> sui enim facti nomine poenam meruit.

über den umfang beider klagen[29]) berichtet Paulus im fr. 31 eod.:

> quod ait praetor, cum familia furtum facit, ad eum mo-

---

[28]) Obligationenrecht § 33—34.

[29]) vergl. auch fr. 9 de nox. act.

dum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur quantum, si liber fecisset, consequeretur, ... certe non tantum duplationis (dupli actionis?) sed et condictionis rationem habendam Julianus putat. §17.

wer aber nicht wegen eigner scientia belangt wird, kann sich durch noxae datio des sklaven von der klage befreien; man vergleiche fr. 1 eod. von Gajus, fr. 2 pr. cit. und fr. 8 eod. von Ulpian.

wo mehre herrn des sklaven vorhanden sind, haftet jeder in solidum, der ohne dessen wissen der sklaven sich vergangen, natürlich mit der befugnifs sich durch noxae datio zu befreien. fr. 5 pr. eod. von Ulpian:

si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale judicium in quemvis dabitur. sed si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur, detracta noxae deditione: quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur. sed si alter scit alter ignoravit, qui scit, detracta noxae deditione convenitur, qui nescit, cum noxae deditione.

zwischen den mehren herrn besteht nun das verhältnifs dafs stets die leistung des einen die schuld des andern vermindert. man vergleiche fr. 17 pr. eod. von Paulus:

si quid amplius est, in domini persecutione consequetur.

betreffs der durch klaganstellung eintretenden befreiung aber ist zu unterscheiden. so weit einer der herrn, Lucius, aus der eignen scientia haftet, kann ihn die klage wider den andern, Sejus, nie befreien, gleichviel ob servi nomine oder aus eigenem quasidelict wider Sejus geklagt wurde: denn nie können die klagen aus dem delict des Lucius und irgend welche klage wider Sejus als actiones de eadem re betrachtet werden. dagegen müssen alle klagen die servi nomine, gleichviel gegen welchen herrn, angestellt werden, als klagen de eadem re gelten, und daher die klage »ex maleficio servi« wider Sejus auch den Lucius befreien, soweit er nicht wegen eigener scientia verhaftet ist. da nun aber

§17. nach einer später noch näher zu besprechenden eigenthümlichkeit der noxalklagen die klage wider einen bestimmten herrn ex persona servi zugleich als klage aus der scientia eben dieses herrn, und umgekehrt die klage ex scientia eines herrn auch als klage servi nomine gilt[21]), so folgt dafs stets jede klage wider einen herrn die verpflichtung aller übrigen consumirt soweit dieselbe ex persona servi herstammt, dagegen bestehn läfst wenn sie auf der eigenen scientia beruht. man vergleiche die bereits genannten fragmente 5 pr., 9, und 17 pr. de noxalibus actionibus.

§ 18. Dasselbe object.

§18. Als zweites kennzeichen der identität der res sehn wir von Paulus die identität des objects, »idem corpus«, bei Neratius »id ipsum de quo agitur« aufgeführt; zugleich aber belehrt uns Paulus dafs es hiermit, im interesse des allgemeinen nutzens, nicht ganz strenge zu nehmen sei: es brauche nicht genau dieselbe qualität oder quantität zu sein; wo die zweite klage auf mehr oder auch auf weniger gehe, könne sie doch im verhältnifs zur ersten als actio de eadem re gelten. diese etwas unbestimmte erweiterung der Paulinischen definition wird am besten durch Ulpians ausspruch begrenzt, dafs, wo erst das ganze dann der theil eingeklagt werde, beide klagen de eadem re geführt werden.

> fr. 7 pr. de exc. r. jud.: si quis, cum totum petiisset partem petat, exceptio rei judicatae nocet: nam pars in toto est. eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus quod totum petitum est.

dafs aber auch umgekehrt die regel gilt »eadem res accipitur si totum petatur cujus pars petita sit«, ergiebt sich aus den im § 4 und § 5 desselben fragments von Ulpian besprochenen fällen. der grund dieser regel ist leicht zu erkennen. das

---

[21]) fr. 4 § 3 de nox. act. von Paulus. vergl. darüber unten § 20.

ganze ist der inbegriff aller theile: wo also auf das ganze § 18.
geklagt wird, wird auf alle theile geklagt, und wird nun auf einen einzelnen theil nochmals geklagt, so bezieht sich diese klage auf einen bereits einmal eingeklagten anspruch. wo hingegen die klage auf den theil vorherging, ist die folgende klage auf das ganze, insoweit sie sich auf eben diesen theil bezieht, als zweite klage de eadem re zu betrachten, und, da der Römische procefs ein gesondertes erkennen über zusammen eingeklagte ansprüche nicht kennt, der regel nach ganz zurückzuweisen. betrachten wir nun die einzelnen anwendungen der regel, die von Römischen juristen besprochen werden.

ich vindicire zuerst den ganzen fundus, nachher einen theil desselben: so steht dieser zweiten klage die exceptio rei judicatae entgegen; sieh fr. 7 pr. de exc. r. jud. von Ulpian, fr. 26 § 1 eod. von African, fr 33 § 1 de usufr. et quemadm. von Papinian. ich klage auf die heerde, dann auf das einzelne thier aus der heerde: auch hier wirkt die exceptio rei judicatae, fr. 21 § 1 de exc. r. jud. von Pomponius. ich vindicire zuerst zwei sachen, nachher eine von beiden: gleiche entscheidung, fr. 7 pr. de exc. rei jud., fr. 21 § 2 eod.

Ulpian lehrt, theil und ganzes als object der klagen bedingen keine verschiedenheit der res »utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in jure«. hiernach ist es unzweifelhaft dafs, habe ich zuerst den ususfructus am ganzen fundus beansprucht, ich später auch den am theile desselben fundus nicht mehr einklagen darf. eine andre frage ist ob ich den ususfructus einklagen darf, wenn ich vorher das eigenthum beansprucht habe. dafs sie zu bejahn sei, wird wahrscheinlich aus den stellen die den ususfructus als pars dominii bezeichnen. so aus fr. 4 de usufr. et quemadm. von Paulus und fr. 33 § 1 eod. von Papinian. ausdrücklich entscheidet ebenso Pomponius, doch bedürfen seine worte der erklärung.

§ 18. fr. 21 § 3 de exc. r. jud. si fundum meum esse petiero, deinde postea usumfructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa ex qua fundus meus erat meus sit, exceptio mihi obstabit, quia, qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest.

hätte es Pomponius gefallen seine entscheidung nicht zu motiviren, so wäre sie leicht verständlich, aber gerade die erläuterung, die worte von »quia« an bieten in diesem zusammenhange schwierigkeiten. »qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest«, soll dies heifsen der eigenthümer dürfe überhaupt keine confessoria anstellen weil, nach bekannter regel, »nemini res sua servire potest«? aber derselbe Pomponius gestattet in demselben paragraphen dem proprietatem nactus »iterum de usufructu experiri«, ein ausdruck der nach dem ganzen zusammenhange der stelle nicht füglich anders als von der confessoria verstanden werden kann[1]). diese auffassung, dafs der kläger eben wegen seines eigenthums abzuweisen sei, ist aber auch darum unmöglich, weil Pomponius sagt »exceptio mihi obstabit« und hierbei unverkennbar an die exceptio rei judicatae denkt, und überhaupt die ganze erzählung des falls unter dieser voraussetzung überflüssig wäre. andrerseits ist wiederum nicht leicht ersichtlich, wenn in diesem falle die confessoria wirklich zulässig aber wegen der exceptio rei judicatae nicht durchzuführen war, wie hierzu jene motivirung von Pomponius pafste, und von welchem einflufs auf die wirkung der exceptio rei judicatae es war ob kläger den fundus hatte, »fundum habet«, oder nicht hatte. vielleicht war der gedankengang des Pomponius folgender. »qui fundum habet«, wer als eigenthümer den fundus besitzt, kann keinen usufructus einklagen, weil er ihn bereits vollkommen inne hat; und eben darum weil der usufructus im vollständig geübten eigenthum mit einbegriffen ist, mufs er nach Pomponius ansicht

[1]) vergl. Keller Lit. Cont. § 35.

als theil desselben gelten. statt also die entscheidung auf §18.
das nächstliegende zu begründen, dafs nämlich der usufructus ein theil des dominium sei, geht er auf das zurück, was wiederum dieser auffassung zu grunde liegt. ähnlich wie wenn Ulpian im citirten fr. 7 § 4 u. 5 seine entscheidung, dafs wer die hereditatis petitio angestellt keine einzelne der erbschaft zugehörige sache vindiciren dürfe, darauf gestützt hätte, dafs wer die ganze erbschaft besäfse auch keine einzelne erbschaftssache vindiciren könnte, weil eben niemand was er besitzt vindiciren kann.

indessen gleichviel wie jene erklärung der entscheidung des Pomponius zu interpretiren ist, die entscheidung selber scheint unzweifelhaft zu sein.

da die hereditatis petitio alle aus der erbschaft fliefsenden ansprüche wider den erbschaftsbesitzer umfafst[33]), so gelten einzelne sachen und fordrungen der erbschaft nach angestellter universalklage als theile desjenigen worauf diese erste klage gegangen, und den singularklagen tritt daher die exceptio rei judicatae entgegen, wie umgekehrt, wo die singularklage voraufgegangen, der hereditatis petitio. man sehe fr. 7 § 4 und § 5 de exc. rei jud. und fr. 22 § 8 rat. r. hab. von Julian. doch ist zu bemerken dafs zweifellos die hereditatis petitio, wo sie folgte, durch praescription oder ähnliches so formulirt werden konnte dafs sie die vorher eingeklagten ansprüche nicht mitumfafste: sonst wäre jeder erbe, auch der in gutem glauben wider einen erbschaftsbesitzer eine singularklage durchgeführt hätte, für alle zeiten der möglichkeit sein erbrecht wider denselben beklagten und dessen nachfolger klagbar geltend zu machen beraubt gewesen.

gegenstand des familiae erciscundae judicium ist stets die ganze erbschaft: darum kann dieses rechtsmittel nur ein mal zur anwendung kommen. da aber die theilung nicht bei allen einzelnen sachen durchgeführt zu werden braucht,

---

[33]) vergl. Dernburg Hereditatis Petitio s. 56 folg.

§ 18. kann sie nachträglich durch das judicium communi dividendo bei dem ungetheilten später erwirkt werden. man vergleiche Paulus sent. rec. I 18 § 1, fr. 20 § 4 fam. erc. von Ulpian und c. 1 fam. erc. von Severus und Antonin. es wird so leicht niemand einfallen hierin einen widerspruch wider die bisher entwickelten regeln zu erblicken, da nur, wo das ganze den theil umfafst, an eine identität der res gedacht werden kann, hier aber zu tage liegt wie die theilung des ganzen nicht zur theilung auch der einzelnen theile führt.

zu erinnern ist auch dafs verschiedene theile derselben sache, soweit nur eben klagen auf den theil zulässig waren, sehr wohl nach einander vindicirt werden konnten. habe ich erst auf einen locus geklagt, so kann ich natürlich nachher noch jeden andern locus desselben fundus vindiciren. hierbei versteht sich dafs nur da die zweite klage wirksam werden kann, wo beide theile durchaus nicht zusammen fallen; und klage ich etwa zuerst »jus mihi esse aedes meas usque ad decem pedes altius tollere«, und nachher »jus mihi esse ad alios decem pedes tollere«, so steht der zweiten klage die exceptio rei judicatae ebensowol entgegen als wenn ich die zweite klage »jus mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere« formulirt hätte, da das recht auf die höheren zehn fufs das auf die niederen als nothwendige bedingung mitumfafst; man vergleiche fr. 27 pr. de exc. r. jud. von African. ob man den iter als theil des actus oder beide als selbständige und verschiedene berechtigungen zu betrachten habe, scheint streitig gewesen zu sein: Ulpian entscheidet sich für das zweite im fr. 11 § 6 de exc. r. jud.

noch in anderer weise kann das verhältnifs des ganzen zum theil fraglich werden. der eigenthümer des hauses ist nicht überall eigenthümer des verbauten materials; nur darf das tignum junctum nicht vindicirt noch in bezug darauf ad exhibendum geklagt werden. hat aber die verbindung mit dem hause aufgehört, so hemmt nichts die vindication. daher

wenn Agerius eigenes holz verbaut hat und dann das be- §18.
treffende grundstück vom Numerius vindicirt, so ist es unzweifelhaft dafs diese klage auf das ganze haus und alle einzelnen theile desselben sich bezieht, wie das eigenthum auf dem die klage beruht alle diese theile umfafst; und wollte Agerius nachträglich auf je welchen einzelnen theil klagen, so wäre die klage auf die tigna so gut wie die auf die lapides, die klage auf die area wie die auf die insula als neue klage de eadem re auszuschliefsen. man vergleiche fr. 7 pr. de exc. r. jud. wenn aber Agerius nicht eigenthümer der tigna war die er verbaute, diese vielmehr dem Sejus gehörten, so kann die vindication des Agerius wider den Numerius nicht auf mehr zu beziehn sein als das recht des Agerius umfafst. auch wenn der beklagte bewiesen hätte dafs nicht Agerius sondern Sejus oder vielleicht gar er selber, Numerius, eigenthümer der tigna sei, der richter dürfte ihn doch nicht absolviren, weil die bedingung der condemnatio nur ist dafs das haus eigenthum des Agerius, und dies sehr wohl der fall sein kann auch wenn die tigna nicht sein wären: »etenim cujus insula est, non utique et caementa sunt«. da also hier die vindication des Agerius auf die tigna sich nicht bezieht, so kann auch eine spätere nur auf die tigna bezügliche klage im verhältnifs zu jener vindication nicht als actio de eadem re gelten. einen solchen fall, in dem daher auch nach der vindication der ganzen insula klagen auf tigna und caementa zulässig sind, behandelt Ulpian im fr. 7 § 2 de exc. r. jud.

auch einen andern zweifelsfall erörtert Ulpian an derselben stelle. wenn die vindicirte sklavin nach der litis contestation concipirt und vor dem erkenntnifs gebiert, ist hier eine spätere vindication des gebornen zulässig oder durch die exceptio rei judicatae zurückzuweisen? dies war zwischen den Römischen juristen streitig; man sehe § 1 des genannten fragments. die entscheidung der frage ob beide klagen hier auf dasselbe object sich beziehen, scheint davon abhängig, welchen

§ 18. umfang man in diesem speciellen falle der vindication der mutter einräumen will. hätte diese vor der litis contestation empfangen, und wäre also über die bereits schwangere die lis contestirt worden, so war man, scheint es, einig jeden anspruch auf die mutter wie auf das kind als in judicium deducirt zu betrachten. hatte umgekehrt die mutter vor der litis contestation geboren und des gebornen war keine erwähnung in der formel geschehen, so war es zweifellos dafs diese vindication auf den partus nicht zu beziehn sei[3]), und also auch keine klage auf den partus consumiren könne. aber gerade in dem zuerst erwähnten falle gingen die ansichten auseinander. Ulpian giebt eine entscheidung die dem praktischen bedürfnifs durchaus entspricht. in der regel sei hier der anspruch auf den partus als in der vindication der mutter nicht mitenthalten zu betrachten, und somit nachträglich noch geltend zu machen; anders wenn der erste richter auf das geborne, oder in ähnlichen fällen auch auf die betreffenden früchte, bereits rücksicht genommen hätte bei seiner schätzung. man vergleiche § 3 unseres fragments.

auch bei persönlichen klagen findet die regel dafs klagen auf mehr und klagen auf weniger dennoch als klagen de eadem re gelten, sobald nur in dem mehr das weniger enthalten, häufige anwendung. wenn ich mehr einklage als mir zusteht, so klage ich ein was mir nicht zusteht, und die fassung der formel mit einer intentio certa zwingt den richter mich abzuweisen. wollte ich nun aber nachträglich jenes kleinere einklagen, das mir wirklich zusteht, so wird meine neue klage als zweite klage de eadem re zurückgewiesen, weil hier das kleinere als in dem gröfseren enthalten und mit ihm in judicium deducirt angesehn wird. etwas verschieden gestaltet sich bei der incerta formula die gefahr des klägers. wo solche formel nicht besonders beschränkt

[3]) vergl. fr. 10 de usur. von Paulus und fr. 2 eod. von Papinian.

wurde, mufste sie alle ansprüche aus dem zu grunde liegen- §18.
den fordrungsrecht umfassen; mithin wurde durch die eine klage die klagbarkeit all dieser ansprüche consumirt. war aber mittels jener klage dennoch einer oder der andere der klägerischen ansprüche nicht realisirt, sei es weil er noch nicht fällig gewesen oder weil er von dem richter übersehn worden, so kam der kläger auch hier augenfällig zu schaden. wollte er nochmals auf die einzelne leistung klagen, die ihm aus der ersten klage nicht zugesprochen werden konnte oder doch nicht zugesprochen worden war, so war dies eine zweite klage de eadem re, indem der jetzt einzeln eingeklagte anspruch bereits in dem früher eingeklagten ganzen enthalten gewesen war. dies consumptionsverhältnifs, sowie die wichtigsten belegstellen für dasselbe, sind bereits vorher[4]) näher besprochen. specielle fälle, in denen durch die klage auf das ganze auch die einzelnen ansprüche auf besondere leistung, welche der richter nicht berücksichtigt hat, consumirt sind, werden behandelt in der c. 4 de judiciis, c. 1 si adv. r. jud., c. 13 de usuris von Alexander und c. 4 depositi von Gordian.

ganz ebenso wie bei den dinglichen klagen, ist es aber auch hier unzweifelhaft dafs, wo nur auf einen theil einer gröfseren fordrung geklagt ist, nachträglich auf jeden andern theil geklagt werden kann, so dafs namentlich, wo ansprüche auf verschiedene leistungen aus einer fordrung erwachsen, stets einer nach dem andern eingeklagt werden kann. wie hier die klagen zu fassen gewesen, ist schon erörtert worden. einige von den juristen besonders hervorgehobene fälle sind noch zu beleuchten.

in einem testament ist jemandem alles silber legirt. weifs er nur von den tischen und klagt nur auf diese, so kann er später das übrige silber einklagen; ebenso wenn zuerst nur auf das silber geklagt ist und später aus einem codicill

[4]) vergl. oben § 7.

§ 18. die »vestis« eingeklagt wird. Pomponius in fr. 20 und fr. 21 pr. de exc. rei jud. hält beide male die zweite klage für zulässig weil, worauf sie gehe, mit der ersten klage nicht eingefordert sei:

> quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset nec judex in judicio sensisset

und

> non est deducta in superius judicium vestis causa, quia neque litigatores neque judex de alio quam de argento actum intelligant.

wie hier die formel der ersten klage gelautet, wage ich nicht zu bestimmen: es ist aber nicht anzunehmen dafs sie ganz präcis gefafst worden, da sonst schwerlich der jurist solchen nachdruck auf das was »litigatores et judex actum intelligant« legen dürfte.

man sehe auch fr. 23 de exc. rei jud. von Ulpian:

> si in judicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non est verendum ne noceat rei judicatae exceptio circa sortis petitionem: quia enim non competit, nec opposita nocet. eadem erunt et si quis ex bonae fidei judicio velit usuras tantum persequi; nam nihilo minus futuri temporis cedunt usurae. quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae.

auch diese entscheidungen machen keinerlei schwierigkeit, wenn man daran festhält dafs mit jeder klage nur einzelne leistungen eingeklagt werden sollen. freilich aber mufsten die einzelnen klagen auch demgemäfs formulirt sein, und nicht etwa noch neben den nach des klägers absicht einzuklagenden auch alle andern ansprüche aus derselben fordrung mitumfassen. das bonae fidei judicium in diesem falle gemäfs zu begrenzen, kennen wir wol kein anderes mittel als die praescription.

wo wegen einer res wider verschiedene personen geklagt werden kann, gilt betreffs der voraussetzungen der consumption natürlich durchaus dasselbe wie da wo nur der schuldner die klage übernimmt. schuldet mir Numerius 100 und ich klage 50

wider den Sejus als defensor des Numerius ein, so kann § 18.
ich nun noch wegen 50 gegen Numerius klagen; ebenso kann der gläubiger dieselbe fordrung zu einzelnen theilen vom schuldner und den bürgen einklagen, ja er mufste die klage wider die sponsoren und fidepromissoren seit der lex Furia stets theilen [8]). ganz in gleicher weise kann auch bei correalobligationen der betrag der ganzen geschuldeten leistung theilweise von den einzelnen rei eingeklagt werden [9]).

dasselbe mufs auch bei den actiones adjecticiae qualitatis gelten. ist hier von dem mittelbar verpflichteten nur ein theil eingeklagt, so geht die directe klage auf den überrest; umgekehrt, wo zuerst mit dieser ein theil eingeklagt ist, geht die actio honoraria auf das übrige. wenn dennoch Ulpian im fr. 1 § 24 de exerc. act. sagt:

> haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest,

so denkt er hierbei nur an den gewöhnlichen fall, wo die klage auf das ganze angestellt worden ist, ebenso wie in vielen stellen gesagt wird [7]) die klage mit einem correus befreie den andern, auch nur eben unter der voraussetzung dafs die angestellte klage auf das ganze sich beziehe. ähnlich sind auch die entscheidungen von Pomponius im fr. 21 § 4 de exc. rei jud. und von Ulpian im fr. 4 § 5 quod cum eo q. in al. zu erklären. da die actio de peculio, wie wir gesehn, nie auf mehr geht als was im peculium vorhanden ist, so folgt unmittelbar dafs, wo das peculium den betrag der schuld nicht deckt, die directe klage auf den überrest bestehn bleibt. einen fall dieser art bespricht Marcian im fr. 32 § 3 de usuris:

> quid ergo si et filiusfamilias et pater ex persona ejus

[8]) Gajus III 121.

[9]) man sehe fr. 3 § 1 de duob. reis von Ulpian, fr 11 eod., fr. 51 § 2 de fidej., fr. 12 rem pup. salv. von Papinian und Gajus IIII 137.

[7]) vergl. § 17 n. 15.

§ 18. teneatur, sive jussu ejus contractum est, sive in rem versum est patris vel in peculium, cujus persona circa moram spectabitur? et si quidem pater duntaxat convenietur ex mora sua, non tenetur, in filium tamen dabitur actio in hoc ut, quod minus a patre actor consecutus est, filius praestet. quodsi filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum vel cum patre, duntaxat de peculio habebit.

dafs die stelle von der Florentina mangelhaft überliefert ist, kann nicht verkannt werden. am ende ist das wort »actionem« vor oder hinter »habebit« unerläfslich. ich möchte aufserdem hinter das erste »duntaxat« ein »de peculio« einschalten, noch lieber jenes wort durch »de peculio« ersetzen: denn »duntaxat convenietur ex mora sua« ist grammatisch ein harter ausdruck und kein juristisch scharfer gedanke; und irrungen des schreibers waren durch das zweite »duntaxat de peculio« leicht möglich. indessen, wie man auch lesen mag, so viel ist klar, dafs nach der klage wider den vater die klage wider den sohn auf das »quod minus a patre consecutus est actor« gegeben wird.

schwieriger ist die entscheidung über den umfang der consumption in fällen wo mehre personen als peculienbesitzer zugleich de peculio belangt werden können. da aber gerade bei diesen fällen die restitution der consumirten klage häufig in frage kommt, so mag die betrachtung derselben bis dahin ausgesetzt bleiben, wo wir die verschiedenen einflüsse, die auf die consumptionsregel abschwächend einwirkten, zusammenfassen [a]).

§ 19. Derselbe klaggrund.

§ 19. Wir gelangen nun zu dem dritten requisit der identität der res, zur identität der »causa petendi« oder, wie Neraz sagt, der »causa proxima actionis«, und haben zunächst das

[a]) vergl. unten § 24.

wesen dieser causa näher zu bestimmen. ausgegangen sind § 19.
wir von der anschauung dafs jede klage ein kampf des rechts wider das verletzende unrecht sei. grund der klage ist nun eben die rechtsverletzung, die zweierlei, ein recht das verletzt werde, und eine thatsache die verletze, voraussetzt. bei den klagen in rem sind beide elemente dieser causa actionis stets leicht erkennbar. bei den klagen aus vertragsobligationen ist das recht das betreffende durch den vertrag begründete fordrungsrecht; die verletzung liegt in der nichterfüllung der fordrung. daher wird die verletzende thatsache hier meist negativen charakter tragen: nur wo die fordrung auf ein non facere als leistungsobject gerichtet ist, ist eben das entsprechende facere die causa actionis. die blofse existenz des fordrungsrechts begründet eine klage ebensowenig wie das vorhandensein eines unverletzten dinglichen rechts den berechtigten zu je welcher klaganstellung befähigt; bevor mit der nichterfüllung der fordrung eine rechtsverletzung eintritt, hat der berechtigte keine klage. freilich aber ist es ein gewöhnlicher fall, dafs eine fordrung sofort zu erfüllen ist, und hier fällt die existenz des rechts bei nicht augenblicklicher erfüllung mit der rechtsverletzung, und also auch mit dem entstehn der klage zusammen. dafs übrigens bei den klagen in personam auch äufserlich der aus der rechtsverletzung erwachsende anspruch mit dem zu grunde liegenden fordrungsrechte ganz oder theilweise zusammenfällt, ist schon oben[1]) genauer dargelegt.

wie aus dem vertrage, kann auch aus delicten und quasidelicten ein fordrungsrecht erwachsen. solche aus dem delict entspringende fordrung wird ohne ausnahme sofortige erfüllung erheischen, und daher, wo diese nicht eintritt, vom augenblick der existenz ab als verletzt und klagbar anzusehn sein. die causa proxima actionis besteht also auch hier in der nichterfüllung des vorhandenen fordrungsrechts, nicht

[1]) vergl. § 6.

§ 19. in dem delict selber, mit dem sie nur zeitlich zusammenfällt. dies entspricht durchaus der Römischen auffassung, welche delicte überall den verträgen gleichordnet, indem aus beiden obligationen entstehn, und von diesem entstehn der obligation, »nascitur obligatio«, das entstehn der klage, »actio nata«[2]), zu unterscheiden ist. auch behauptet die intentio der civilen delictsklagen, ganz analog den vertragsklagen, das dasein des betreffenden fordrungsrechts, und bezieht sich keineswegs auf das delict selber als nächsten grund zur klage[3]).

da die causa actionis stets eine rechtsverletzung ist, so wird zweien klagen nur da dieselbe causa zu grunde liegen, wo dasselbe recht durch dieselbe thatsache verletzt ist. wo ein anderes recht verletzt ist, oder eine andere thatsache die verletzung herbeiführt, liegt jeder klage eine andere causa zu grunde; und da eadem causa die bedingung der identität der res ist, so können beide nicht als klagen de eadem re gelten. fälle aber, wo dasselbe recht durch verschiedene thatsachen verletzt wird, und umgekehrt wo dieselbe thatsache verschiedene rechte verletzt, können leicht zweifelhaft erscheinen, wenn zugleich bei beiden res personen und leistungsobject identisch sind.

bevor wir diese fälle, bei denen also unsere regel nicht wirksam werden kann weil die bedingungen derselben nicht vorhanden sind, im einzelnen betrachten, haben wir einen andern fall anzuführen, in dem eine ausnahme unserer regel stattfindet, die so deutlich als ausnahme sich darstellt, dafs sie die regel als solche nicht gefährdet. wieder und wieder war in alter zeit eine proclamatio in libertatem gestattet. Cicero sagt

pro domo 77 (29): justa majoribus nostris . . . ita com-

[2]) überhaupt ist nicht zu übersehn dafs die frage nach der causa proxima actionis fast ganz mit der nach der actio nata zusammenfällt; daher hier auch auf Savignys treffliche ausführung, System V § 239 folg., zu verweisen ist.

[3]) s. oben § 5.

paratum est, ut civis Romanus libertatem nemo posset invitus amittere. 78: quin etiam si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent, tamen, quotiescunque vellet quis in hoc genere solo rem judicatam referre posse voluerunt. §19.

man vergleiche auch Quinctilians institut. V 2 1 und Martials epigr. I 52. dafs diese ausnahme im Justinianischen rechte fortgefallen, ist aus c. 1 de ass. toll. bekannt.

wir beginnen nun mit den fällen wo dieselbe thatsache verschiedene rechte verletzt. bei den klagen in rem wird häufig der fall hervorgehoben wo der kläger, nachdem er abgewiesen worden, das eigenthum erwirbt und nun wiederum klagbar auftritt. ist hier das eigenthum wirklich ein neuerworbenes, so ist es ein anderes recht als dasjenige worauf die erste klage sich stützte; es handelt sich also in beiden klagen um verschiedene rechtsverletzungen und daher um verschiedene res, weshalb eben die zweite klage zulässig ist. dies erläutert durch leicht verständliche beispiele Ulpian im fr. 11 § 4 de exc. rei jud.:

eandem causam facit etiam origo petitionis. ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio, nisi forte intermissum dominium in medio tempore rediit quodam postliminio. quid enim si homo quem petieram ab hostibus fuerit captus, mox postliminio receptus? hic exceptione summovebor, quia eadem res esse intelligitur. at si ex alia causa dominium fuerim nactus, non nocebit exceptio.

§ 5. itaque acquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit.

wer also zuerst aus eigenem recht geklagt, dann den berechtigten beerbt hat, und nun aus dessen recht klagt, dem steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen, fr. 10 de except. von Modestin, so wenig wie dem der, während er nicht erbe war, die hereditatis petitio angestellt hat, wenn

§ 19. er später, erbe geworden, dieselbe klage von neuem anbringt, fr. 25 pr. de exc. r. jud. von Julian. hierher gehört auch der zweite von Pomponius im fr. 21 § 3 de exc. rei jud. referirte fall:

> si usumfructum, cum meus esset, vindicavi, deinde proprietatem nactus iterum de usufructu experiar, potest dici alia res esse, quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus et jure proprietatis quasi ex nova causa rursus meus esse coepit.

ähnlich erklären sich die entscheidungen von Papinian im fr. 14 § 1 de exc. r. jud. völlig analog diesen aussprüchen entscheidet Labeo, dem auch Javolen beitritt, in fr. 42 de lib. causa, dafs wo ein sklave in libertatem proclamirt, der gegen den er durchdringt aus eigenem alten rechte den sklaven nicht wiederum in servitutum vindiciren könne, wol aber wenn er durch erbschaft oder in anderer weise neues recht an dem sklaven gewonnen habe. dagegen macht die entscheidung des Gajus im fr. 25 § 1 de lib. causa einige schwierigkeit:

> interdum ex integro datur ad libertatem proclamatio, veluti ejus qui affirmat ideo se primo judicio victum quod statuta libertas nondum ei obtigerat, quam nunc dicit sibi obtigisse.

vom standpunkt Justinianisches rechts betrachtet ist dies einfach und consequent gesprochen: aber dürfen wir annehmen dafs der von Cicero Martial und Quinctilian geschilderte rechtszustand, wonach der sklave »quotiescunque vellet rem judicatam referre posset«, schon zu Gajus zeit verändert gewesen? selbst nach der c. 1 de ass. toll. von Justinian ist dies nicht wahrscheinlich. andererseits ist auch nicht leicht zu sehn was die compilatoren ausgelassen oder zugesetzt haben könnten. vielleicht sprach Gajus von einem fall wo der sklave nicht frei zu sein, sondern einen anspruch auf freiheit zu haben, »deberi sibi libertatem«, behauptete. viel-

leicht ist das »interdum«, sowie der ganze zusatz von »veluti« § 19. an, ein werk Tribonians.

noch ist ein fall zu betrachten, dessen entscheidung nicht unzweifelhaft ist. die sache, die ich vindicirt habe, mehrt sich nach meiner vindication, sei es dafs sie früchte bringe, oder dafs etwa durch anschwemmung neues land zu meinem fundus hinzutrete. darf ich nachträglich diese accessionen vindiciren? so viel ist klar: weil ich eigenthümer der ursprünglichen sache bin, bin ich auch eigenthümer der accessionen; aber mein recht an denselben hat erst mit deren existenz, also nach der ersten klage, begonnen. die vindication der accessionen läfst sich nun aus zwei gesichtspunkten rechtfertigen, es handle sich hier um ein anderes object, und zweitens das recht sei ein neues erst nach der ersten klage existent gewordenes. und wirklich scheinen die Römer eine solche vindication nach entstandener accession gestattet zu haben. hierfür spricht die analogie des von Ulpian fr. 7 § 3 de exc. rei jud. entschiedenen falles, bei dem übrigens Ulpian vorzüglich die nichtidentität des objects zu berücksichtigen scheint; dagegen aber fr. 26 § 1 eod. von African:

item si fundo petito postea insula, quae e regione ejus in flumine nata »erit, petatur, exceptio obstitura est.

glaubten wir durch das wort »erit« nicht den fall bezeichnet, wo die insula erst nach der ersten klage entstanden ist, so machte die stelle gar keine schwierigkeit, und es wäre anzunehmen dafs sie, wie so viele andere, von einem falle handelte, wo theil und ganzes als eadem res gelten wenn sie aus gleichem rechte beansprucht werden. aber auch wenn wir an jener auffassung festhalten, läfst sich Africans ausspruch wohl erklären. es ist keine unnatürliche auffassung das recht an der insula und das recht an dem fundus als ein und dasselbe recht zu betrachten, da jenes nothwendiger ausfluſs von diesem ist; auch liefs sich die anerkannte identität des ganzen und des theils wol auf fundus und insula beziehn. dann aber wäre ein widerspruch zwischen Ulpian

§19. und African anzunehmen; ein solcher mag auch bestanden haben, da jede von beiden auffassungen einiges für sich einiges wider sich zu haben scheint, und Ulpian ausdrücklich erklärt von bestrittenen lehren zu handeln.

einen unterschied der dinglichen und der persönlichen klagen hebt Paulus im fr. 14 § 2 de exc. r. jud. hervor:

> actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. at cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

also, vindicire ich eine sache und stütze mein recht auf einen erwerbsgrund, und abgewiesen klage ich von neuem, und stütze mein recht auf einen andern nicht neu eingetretenen erwerbsgrund, so gilt dennoch meine zweite klage nicht als auf einer neuen causa beruhend, weil zu einer zeit ich immer nur ein eigenthum an einer sache haben kann. Ulpian sagt[4]) ähnlich:

> qualecunque et undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit,

und giebt hierzu einige beispiele; ein anderes findet sich bei Paulus, im fr. 30 pr. de exc. rei jud. wo in der consequenten durchführung dieses satzes eine härte wider den kläger lag, war man bereit ihm durch restitution zu helfen, alle gefahren aber wurden, nach den angeführten worten des Paulus, sicher vermieden wenn der vindicant expressa causa klagte. dies verfahren und seine wirkung schildert Ulpian im fr. 11 § 2 eod.:

> si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius sibi eum tradiderit, si postea alia ex causa petat causa adjecta, non debet summoveri exceptione.

---

[4]) fr. 11 pr. § 1 § 5 de exc. r. jud.

ein beispiel einer ähnlichen adjectio zur formel, die gewöhnlich wol die gestalt einer praescription annahm, findet sich im fr. 7 § 2 de her. pet. von Ulpian. freilich aber scheint diese praescription weniger den zweck zu verfolgen die herleitung des eigenthums aus nur einer causa zuzulassen, als vielmehr die begründung aus einer bestimmten causa auszuschliefsen. der von Puchta über die interpretation der citirten fragmente 11 § 2 und 14 § 2 angeregte streit dürfte seit Savignys [5]) ausführung als beendet zu betrachten sein [6]). § 19.

wo mehre persönliche klagen auf dieselbe leistung gehn, und wo also dieselbe nichtleistung mehre fordrungsrechte verletzt, bedarf es keiner besonderen adjectio zur formel, da diese schon in gewöhnlicher fassung darauf hinweist, dafs die causa der einen klage eine andre ist als die der andern. vermacht Sejus seiner frau 100, die er als mutuum von ihr empfangen zu haben angiebt, so kann die frau, wenn sie mit ihrer darlehnsklage bereits abgewiesen, noch aus dem fidecommifs klagen; man vergleiche fr. 93 § 1 de leg. III, und fr. 28 § 13 und 14 de lib. leg. von Scaevola. die beantwortung der frage, ob, wenn der mann wirklich die 100 in angegebener art schuldete, jene letztwillige verfügung als fidecommifs gelten könne, interessirt uns hier nicht. ähnlich ist der fall, wo, wer den Stichus ex stipulatu zu fordern hat, einen andern beerbt dem derselbe Stichus von demselben schuldner aus anderem grunde geschuldet wird; auch hier consumirt die eine klage die andre nicht, fr. 18 de obl. et act. von Julian. hierher gehört auch dafs die klage aus dem constitutum die ursprüngliche schuldklage nicht consumirt, fr. 18 § 3 de pec. const. von Ulpian [7]). dafs man hierüber längere zeit im zweifel gewesen, war, wie schon bemerkt, eine folge davon dafs man über das verhältnifs des constitutum zur hauptschuld nicht ganz im klaren war. auch

[5]) System VI beil. XVII.

[6]) vergl. Dernburg Her. Pet. § 3.

[7]) vergl. auch fr. 36 de jurej. von Ulpian.

§ 19. die concurrenz der condictio furtiva mit verschiedenen contractsklagen [8]), und wieder der actio empti wegen eviction mit der klage aus der duplae stipulatio [9]), der tutelae actio mit der klage aus der stipulatio rem salvam fore [10]), sowie der actio locati und der actio conducti in dem von African im fr. 35 § 1 locati besprochenen falle, sind ähnlich zu beurtheilen.

noch weniger wird man eine identität der res annehmen mögen wo eine actio in rem mit einer persönlichen klage concurrirt, wie z. b. die vindication mit der condictio furtiva [11]) oder mit den possessorischen interdicten [12]). wenn dennoch Rudorff [13]) die möglichkeit einer consumption der actio Serviana durch das Salvianum interdictum behauptet, so würde hierin keine ausnahme der regel liegen, vielmehr würde, nach der von ihm angenommenen natur und fassung beider klagen, mit beiden wirklich de eadem re gestritten werden können.

in allen eben betrachteten fällen sind die res, die einzuklagenden ansprüche, bei den concurrirenden klagen nach object und personen gleich, verschieden aber nach ihrer causa, da, wenn auch die verletzende thatsache meist dieselbe, sie doch verschiedne rechte verletzt. so verletzt bald dieselbe nichtleistung zugleich den anspruch ex mutuo und den ex fidei commisso, oder den ex stipulatu und den aus einem belie-

---

[8]) vergl. hierüber fr. 47 pr. pro socio von Ulpian, fr. 2 § 1 de tut. et rat. distr. und fr. 34 § 1 u. 2 de obl. et act. von Paulus; auch fr. 55 § 1 de adm. et per. tut. von Tryphonin und fr. 71 de furtis von Javolen.

[9]) vergl. fr. 37 § 2 de evict. von Ulpian.

[10]) fr. 9 pr. de novat. von Ulpian.

[11]) fr. 31 de exc. r. jud. von Paulus, fr. 9 § 1 de furtis von Pomponius, fr. 54 § 3 eod. von Gajus, fr. 10 pr. de cond. furt. von Ulpian.

[12]) fr. 14 § 3 de exc. r. jud. von Paulus, fr. 12 § 1 de acq. vel am. von Ulpian, fr. 18 § 1 de vi et vi arm. von Papinian, fr. 2 de int. Salv. von Ulpian.

[13]) Zeitschr. f. g. R. W. b. XIII (Pfandklagen), und zu Puchta Inst. II § 251 v.

bigen anderen contracte, oder den anspruch ex constituto und den aus der principalen obligation; bald begründet die detention derselben körperlichen sache durch den beklagten klagen aus dem eigenthum und aus dem besitzrecht des berechtigten. ähnlich bei der condictio furtiva und der rei vindicatio. und eben darum weil in all diesen fällen die verletzten rechte, auf denen die einzelnen klagen beruhn, als verschieden zu betrachten sind, können auch die klagen nicht als klagen de eadem re betrachtet werden, und daher kein consumptionsverhältnifs zwischen denselben statt finden. dagegen aber ist nicht zu übersehn dafs, wo und in wie weit die die eine klage begründende rechtsverletzung thatsächlich ausgeglichen ist, auch die der andern concurrirenden klage zu grunde liegende als gehoben betrachtet werden mufs. §19.

wir wenden uns jetzt dem andern vorher berührten falle zu, wo verschiedene thatsachen dasselbe recht verletzen, und darum wiederum die »alia causa petendi«, trotz der identität der personen und des objects, die klagenconsumption ausschliefst. wo auch das leistungsobject verschieden, ist die verschiedenheit der res bei beiden klagen leicht ersichtlich. vindicire ich meine sache von B, und nachdem ich durchgedrungen veranlafst mich derselbe B zur anstellung der negatoria, so wird niemand dieser klage eine exceptio rei judicatae entgegenstellen wollen. kaum weniger deutlich aber erscheint die alia res wo das object bei den klagen dasselbe ist. so wenn B zum zweiten male in den besitz der betreffenden sache gelangt. hier involvirt der neue besitz des unberechtigten unzweifelhaft eine neue verletzung des rechts des berechtigten, und es mufs daher die neue klage als actio de alia re gelten. man denke an einen fall wo derselbe dieb demselben eigenthümer dieselbe sache zum zweiten male stiehlt: niemand möchte die neue vindication oder condiction durch die erste klage consumirt erachten, obgleich das verletzte recht, das object und die personen bei beiden klagen dieselben sind und nur die verletzende thatsache bei der zweiten klage eine

§ 19. andre ist. aus dem vorstehenden ergiebt sich die richtige interpretation von fr. 9 pr. de exc. rei jud. und fr. 17 eod. von Gajus: wo der beklagte einmal als nichtbesitzer absolvirt von neuem als besitzer belangt ist, mufs sein besitz offenbar als ein neuer, erst nach dem ersten erkenntnifs entstandener angesehn werden; mithin liegt der neuen klage eine neue rechtsverletzung zu grunde, und diese klage de alia re hemmt keine exceptio rei judicatae. gleiches wie bei der vindication gilt bei der actio ad exhibendum die, wo sie einmal wegen nichtbesitzes des beklagten abgewiesen, wenn derselbe nachher den besitz erlangt, wiederum angestellt werden darf; man sehe fr. 18 de exc. r. jud. von Ulpian und fr. 8 pr. rat. r. hab. von Venulejus.

an diesen stellen und der einfachen regel die sie enthalten, scheitert Kellers vielbewährtes interpretationstalent; ein schlagender beweis dafs er von falschen voraussetzungen ausgeht. er sagt [14]):

»dafs von der exceptio in ihrer positiven function keine rede sein kann, versteht sich von selbst; aber auch als organ der consumption kann sie nicht statt finden, aus dem einfachen grunde weil über das recht selbst gar nicht geurtheilt, also in dieser beziehung keine res judicata vorhanden ist.«

also soll nur wo über das recht selber geurtheilt ist die consumption eintreten? das möchte Gajus nicht zugeben. wo eine exceptio cognitoria in die formel aufgenommen war, wurde doch sicherlich zunächst nicht über das recht sondern nur darüber geurtheilt ob kläger einen cognitor geben oder der cognitor als solcher bestellt werden dürfe, und dennoch wirkt auch hier die klage consumirend »qui per cognitorem egerit, rem perdit« [15]). auch bei den meisten andern dilatorischen einreden, deren wirkung Keller selber [16]) ganz richtig

[14]) Lit. Cont. s. 297.
[15]) IIII 124.
[16]) Lit. Cont. s. 579.

anerkennt, wird über das klagrecht gar nicht erkannt wo die exception begründet befunden wird, und dennoch »qui objecta exceptione egerit, rem perdit«. § 19.

die consumption also tritt ein gleichviel ob über das recht geurtheilt ist oder nicht. läfst sich Kellers theorie von der klagconsumption mit den eben betrachteten stellen (fr. 9 pr., 17, 18, de exc. rei jud. und fr. 8 pr. rat. r. hab.) nur unter der voraussetzung vereinen, dafs die consumption nicht eintrete wo nicht über das recht selber erkannt sei, so läfst sie sich mit diesen stellen überhaupt nicht vereinen.

wie dasselbe eigenthum, kann auch dasselbe fordrungsrecht durch verschiedne thatsachen verletzt werden. aus einem depositum kann einmal »de dolo defuncti«, ein andres mal »de dolo heredis«, beide male mit demselben erben geklagt werden, ohne dafs die eine klage die andre, »de alia re«, zu consumiren vermöchte; man betrachte fr. 22 de exc. r. jud. von Paulus. hervorzuheben sind hier die schwierigkeiten präciser formelfassung, da die gewöhnliche in jus concipirte formula alle ansprüche wider den erben, mögen diese nun aus eigenen oder aus des erblassers handlungen erwachsen sein, zu umfassen scheint. Kellers behauptung[17]), die formel

> »quod Aulus Agerius apud Sejum mensam deposuit, quicquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona«

umfasse nur ansprüche aus dem dolus des erblassers, steht ganz beweislos da, und scheint der bona fides direct zu widersprechen. wenn Sejus den tisch sorgfältig conservirte und wieder herauszugeben beabsichtigte, erbe Numerius aber verweigert wissentlich die herausgabe, schmelzt doloser weise den tisch ein, dann sollte dennoch der richter entscheiden: »Numerium Agerio nil dare facere oportere ex fide bona«[18])? wäre dies der fall, und der sinn der worte »ob eam rem«

[17]) Lit. Cont. s. 539.

[18]) dieser annahme dürfte auch fr. 3 § 3 commodati von Ulpian zu widersprechen scheinen.

§ 19. von Keller richtig erfafst, so würde ein vorsichtiger pater familias wider den erben des schuldners nie ohne eine auf den dolus des erben bezügliche clausel geklagt haben; aber hiervon ist nichts bezeugt, da die von Keller an der betreffenden stelle angezogene clausula doli nach ausweis der quellen nur bei der actio de peculio anwendung gefunden zu haben scheint [19]). aber auch wenn wir Keller einen allgemeinen gebrauch dieser claúsel einräumen könnten, seinen weiteren ausführungen dürften wir doch nicht beitreten. er formulirt die erste klage so wie sie eben citirt worden. bildet er nun die zweite

> »quod Aulus Agerius apud Sejum mensam deposuit, quicquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, vel si quid dolo malo Numerii Negidii captus fraudatusque actor est, condemna«

so handelt es sich in beiden klagen um »quicquid ob eam rem, (quod Agerius apud Sejum mensam deposuit), Numerium dare facere oportet«, und der zweiten klage mufste nothwendig die exceptio rei judicatae entgegentreten, die bekanntlich dadurch nicht ausgeschlossen wird, dafs die neue klage neben den consumirten ansprüchen auch nichtconsumirte mitumfafst; läfst er hingegen bei der zweiten klage die regelmäfsige intentio »quicquid oportet« fort, so bleibt ein formelflickstück, das in ermangelung aller quellenbelege Keller selber jetzt schwerlich mehr billigen würde. in seinem Civilproceſs wenigstens dürfte man solche formelbildungen vergebens suchen.

dafs eine derartige theilung der klage, so dafs sie bald nur auf die ansprüche ex dolo defuncti bald nur auf die ex dolo heredis zu beziehn war, den Römern durchaus bekannt gewesen, beweist auch fr. 13 § 2 de jurej. von Ulpian:

> idem Julianus scribit eum, qui juravit furtum se non fecisse, videri de toto jurasse; atque ideo neque furti

[19]) vergl. die vierte beilage.

neque condicticia tenetur, quia condicticia, inquit, solus fur tenetur. num quid ergo, qui juravit se furtum non fecisse, hoc solo nomine, condictione si conveniatur, exceptione utatur? ceterum si contendat, qui condicit, quasi cum herede se furis agere, non debet repelli, et quasi μονομερὴς condictio dari debet adversus furis heredem; nec pati eum judex debet, si coeperit temptare probare furem. § 19.

wir sind berechtigt hieraus zu schliefsen dafs in der regel die condictio dem kläger nicht als μονομερὴς gegeben wurde, vielmehr derselbe erst in judicio sich zu entscheiden hatte, ob er seine ansprüche aus einem dolus des beklagten oder des erblassers herleiten wollte. auch dies widerstreitet Kellers annahmen entschieden. fraglich bleibt nur wie eine solche »unimembris actio« gefafst wurde. nicht übel ist Ribbentrops [20]) gedanke, dafs man hier wol meist in factum concipirte formeln zur anwendung gebracht haben möchte; doch wufste vielleicht Julian auch auf andere weise rath zu schaffen.

einen dem vorigen nicht unähnlichen fall bespricht Scaevola im fr. 133 de verb. obl.:

si sic stipulatus sim: »neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes«? et egi. quod mihi vim feceris, recte remanere factum heredis in stipulatione. nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet.

hierher gehören auch die stellen, welche den wiederholten gebrauch der aedilicischen klagen wegen verschiedner vitia gestatten, fr. 31 § 16 de aed. ed. von Ulpian und fr. 48 § 7 eod. von Pomponius, und namentlich sind des letzten worte »de uno vitio agere et praedicere« wichtig, weil sie auf das mittel hinweisen durch welches man dem aus ungenauer formelfassung erwachsenden weitergreifen der

[20]) Correalobligat. § 19 u. 20.

§19. consumption hier zu begegnen pflegte. zu vergleichen ist auch fr. 32 § 1 de evictionibus von Ulpian.

§ 20. Verschiedene klagen de eadem re.

§20. Der in den im § 15 angezogenen stellen von Julian und Ulpian ausgesprochene satz, dafs auch mit verschiedenen klagen über dieselbe res gestritten werden könne, wird durch einen andern ausspruch Ulpians bestärkt, der zugleich deutlich auf die consumirende kraft verschiedener klagen de eadem re hinweist.

fr. 43 § 1 de reg. juris: quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.

wie wir gesehn, werden durch die res subjecte und objecte der klage, sowie das derselben zu grunde liegende recht und die dieses verletzende thatsache bestimmt; der regel nach wird auch die anzustrengende klage selber durch eben diese beziehungen bestimmt, und es scheinen verhältnifsmäfsig nur wenige fälle zu sein, in denen wegen derselben res verschiedene klagen zulässig sind. ich werde die wichtigsten dieser fälle einzeln aufführen.

betreffs der aus geschäften der in der gewalt des vaters oder dominus befindlichen personen erwachsenden verschiedenen klagen de eadem re verweise ich auf die ausführungen des § 13; ebenso über die durch adpromission begründeten rechtsverhältnisse auf den § 14.

die theilungsklagen erscheinen vielfach bestimmt directe ansprüche des einen theils an den andern zu realisiren. wo nun wegen eben dieser ansprüche auch andre, dingliche oder persönliche klagen begründet sind, müssen diese mit den theilungsklagen als klagen de eadem re gelten, und daher die einen die andern consumiren. über diese concurrenz des judicium familiae erciscundae und communi dividundo mit der vindication vergleiche man fr. 8 de exc. r. jud. von Julian, fr. 11 § 3 eod. von Ulpian und fr. 25 § 8 fam.

erc. von Paulus. über das verhältnifs des judicium finium §20.
regundorum zur vindication ist vor anderem zu betrachten was Frontinus, l. II., über die controversia de loco vorträgt[1]), (Lachmann s. 43 z. 19), und auch des Paulus ausspruch[2]) nicht zu übersehn:

finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

einen concurrenzfall der pro socio actio mit dem communi dividendo judicium behandelt Paulus im fr. 38 § 1 pro socio, wogegen im fr. 43 eod. Ulpian den fall bespricht, wo beide klagen auf verschiedene gegenstände gerichtet sind.

da die hereditatis petitio auch die einzelnen in der erbschaft enthaltenen ansprüche durchzuführen vermag, aufserdem aber, der regel nach, alle singularklagen von dem erblasser auf den erben übergehn, so standen dem erben meist zwei klagen wegen eines ererbten anspruchs zu gebote. über das hieraus sich ergebende consumptionsverhältnifs vergleiche man fr. 7 § 4 § 5 de exc. rei jud. von Ulpian und fr. 22 § 8 rat. r. hab. von Julian.

bekannt ist dafs, wenn der verpfänder vor der verpfändung die vindication angestellt hat, derselbe besitzer, der die exceptio rei judicatae wider die erneute eigenthumsklage haben würde, diese einrede auch wider die hypothecaria actio des pfandgläubigers hat; man sehe fr. 3 de pignor. und fr. 19 § 1 de exc. r. jud. von Papinian, und fr. 11 § 10 eod. von Ulpian. vindication und hypothecaria müssen demnach als klagen de eadem re zu betrachten sein. hierbei macht die verschiedenheit der personen keine schwierigkeit, da, wie wir bereits gesehn[3]), auctor und rechtsnachfolger vielfach als eine person behandelt werden; doch dafs beiden klagen dieselbe causa, dieselbe rechtsverletzung zu grunde liege, könnte bedenklich erscheinen, da das eine mal eine verletzung

[1]) eine stelle daraus ist oben § 3 citirt.
[2]) fr. 1 fin. reg.
[3]) vergl. oben § 16.

§ 20. des eigenthums, im andern falle eine verletzung des pfandrechts behauptet wird. aber das pfandrecht selber ist ein ausfluſs jenes eigenthums, bei der verpfändung überträgt der verpfänder auf den pfandgläubiger einen theil seines rechts, und darum scheint in der verletzung des pfandrechts zugleich eine verletzung des eigenthums selber enthalten zu sein. indessen ist wohl zu beachten daſs das pfandrecht ein ausfluſs des eigenthums ist, wie es gerade in dem augenblick der verpfändung bestanden. nur wo bei der verpfändung bereits die exceptio rei judicatae begründet war, tritt sie dem pfandgläubiger entgegen. das recht des verpfänders in späterer zeit, nach geschehener verpfändung, kann ein ganz anderes sein als was derselbe bei der verpfändung besaſs; daher können klagen aus diesem rechte und klagen aus dem pfandrecht nicht als klagen de eadem re gelten. hieraus erklärt sich daſs die vindication des verpfänders nach der verpfändung die hypothecaria actio nicht zu consumiren vermag [4]), wie umgekehrt auch durch die hypothecaria nie die vindication des verpfänders consumirt wird.

über das verhältniſs der beiden wider den vormund eventuell zulässigen klagen sagt Ulpian [5]):

> in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat. et ideo, sive tutelae fuerit actum de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra tutelae actio, quod ad speciem istam, perempta est.

es kann hiernach keine schwierigkeit machen beide klagen als actiones de eadem re aufzufassen. betreffs des verschiedenen umfangs des leistungsobjects beider klagen ist zu erinnern, daſs in dem duplum der actio rationibus distrahendis auch das simplum enthalten [6]) ist, auf das die tutelae actio geht.

---

[4]) daſs auch die entscheidung des von Macer im fr. 63 de re jud. behandelten falles diesem resultate nicht widerspricht, bedarf nicht besonderer ausführung.

[5]) fr. 1 § 21 de tut. et rat. distr.

[6]) fr. 3 § 1 eod. von Paulus.

wegen desselben fehlers konnte nach dem aedilicischen § 20.
edict der käufer sowol die actio quanti minoris als die redhibitoria anstellen. die personen und die causa actionis waren bei beiden klagen zweifellos identisch, verschieden aber die von dem verkäufer geforderten leistungen. daher konnten ohne weiteres nicht beide klagen als klagen de eadem re gelten. aber bei bedeutenderen fehlern ging auch die quanti minoris actio auf redhibition, und deshalb nahm man nicht inconsequent eine consumption der einen klage durch die andre an. dies entwickelt Julian im fr. 25 § 1 de exc. rei judicatae.

nicht ganz unähnlich ist das bei den noxalklagen eintretende consumptionsverhältnifs. beide noxalklagen gehen wesentlich auf dasselbe leistungsobject [7]), beruhn aber auf verschiedenen gründen, die eine auf dem vergehn des sklaven, für das der herr als solcher in anspruch genommen wird, die andre auf der scientia des herrn [8]). demnach wären diese klagen als actiones de eadem re nicht zu betrachten. da aber dem kläger bis zum erkenntnisse das eigenthümliche recht zustand, von dem einen klagfundamente auf das andre überzuspringen [9]), und da also die klage aus dem vergehn des herrn in die klage mit noxae datio, und umgekehrt diese in jene beliebig übergeleitet werden konnte, so lag es nahe die angestellte klage immer als auf beiden klagfundamenten beruhend zu betrachten, und demgemäfs anzunehmen dafs jeglicher anspruch des klägers an den beklagten durch je eine dieser klagen in judicium deducirt werden, und deshalb

[7]) fr. 31 de nox. act. von Paulus.

[8]) fr. 2 pr. de nox. act. von Ulpian, fr. 4 § 2 und fr. 9 eod. von Paulus.

[9]) fr. 4 § 3 de nox. act. von Paulus: »donec autem prius judicium agitatur licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. contra quoque, si cum eo qui scit cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditione danda actio non est; in ipso autem judicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus«.

§ 20. der andern klage die exceptio rei judicatae entgegentreten müsse, wie dies Paulus im fr. 4 § 2 und § 3 de nox. act. ausführt. inwiefern auch die klagen wider verschiedene herrn desselben sklaven als klagen de eadem re anzusehn sein können ist bereits entwickelt worden [10]).

Ulpian und Paulus berichten dafs auch die certi condictio mit anderen persönlichen klagen, beispielsweise werden die klagen pro socio mandati und negotiorum gestorum genannt, in der art concurriren könne, dafs eine die andre consumire [11]). Kellers [12]) annahme, im neueren rechte habe jede geldfordrung mittels einer certi condictio geltend gemacht werden können, wenn kläger die gefahr ein certum einzuklagen übernehmen wollte, erklärt die möglichkeit so verschiedenartige klagen als klagen de eadem re zu betrachten genügend. doch verkennt Keller selbst das bedenkliche seiner annahme nicht. vielleicht ist es wahrscheinlicher dafs auch im formularprocefs zu allen zeiten mit einer conditio certi gefordert werden konnte, was früher mit der legis actio per condictionem einzuklagen war. auch auf dem so beschränkten gebiete der certi condictio lassen sich fälle der concurrenz mit bonae fidei klagen leicht construiren, z. b. wenn ein socius oder mandatar die zu bestimmtem zwecke empfangene summe ausschliefslich im eigenen nutzen verwendet [13]).

endlich ist hier noch der fall zu berühren, wo derselbe anspruch mit einer in jus und mit einer in factum concipirten formel eingeklagt werden konnte. offenbar consumirte auch hier stets eine klage die andre, und nur das könnte vielleicht zweifelhaft erscheinen, ob man überhaupt diese klagen als verschiedene betrachtete. nicht ganz zweifellos ist

[10]) man sehe oben § 17 am ende.

[11]) man sehe fr. 5 de exc. r. jud. und fr. 28 § 4 de jurej. und vergleiche damit fr. 9 pr. de reb. cred. von Ulpian.

[12]) Civ. Pr. § 88.

[13]) man vergleiche auch fr. 11 § 7 de peculio von Ulpian.

ferner was Ulpian[14]) über das verhältnifs der actio in factum §20. wider den mensor zur actio locati sagt:

> adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit, a quo falli nos non oportet; nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si forte vel de finibus contentio sit, vel emptor scire velit vel venditor cujus modi ager veneat. ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi, et id quod datur ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari. si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem.

wahrscheinlich sind die letzten worte auf die consumption der einen klage durch die andere zu beziehn, vielleicht aber bestand zwischen beiden klagen ein ähnliches verhältnifs wie, nach fr. 11 § 7 de inst. act. von Ulpian, zwischen der institoria actio und der tributoria, dafs wo die eine begründet die andre unzulässig war.

eine ausnahme der hier betrachteten regel, dafs auch verschiedene klagen de eadem re einander consumiren, wird behauptet: wo mehre poenalklagen de eadem re concurriren soll eine nach der andern zulässig sein. Ulpian sagt:

> fr. 130 de reg. jur. nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit.

und ferner:

> fr. 60 de obl. et act. nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.

in welchem zusammenhange Ulpian die erste behauptung ursprünglich aufgestellt, scheint aus § 1 Inst. si quadrupes paup. ersichtlich zu werden; die zweite ist an sich minder bedenklich, da der ausdruck »eadem pecunia« nur eine identität des objects bezeichnen dürfte. betrachtet man

[14]) fr. 1 pr. si mensor f. m. d.

§ 98. den von Ulpian besprochenen fall näher, so sieht man dafs hier es sich nicht um ausnahmen von unsrer regel handelt, vielmehr die regel, gerade ihrer natur nach, keine anwendung finden konnte. denn die mehren poenalklagen waren bestimmt verschiedene, freilich aus demselben delict erwachsene fordrungen zu realisiren, und konnten also wegen verschiedenheit der causa actionis als klagen über dieselbe res nicht gelten und somit einander nicht consumiren. der ausdruck »actiones de eadem re concurrentes« wird von Ulpian hier nicht in der bedeutung, die man zunächst annehmen möchte, gebraucht; das »de eadem re« ist auf den gleichen entstehungsgrund der betreffenden obligationen zu beziehn, und also etwa mit »ex eodem facto« [15]) gleichbedeutend. das wort »praesertim« aber scheint dadurch gerechtfertigt zu werden, dafs häufig poenalklagen in gleichem verhältnifs wie zu einander auch zu andern nicht poenalen klagen stehn können, so z. b. nach verübtem diebstahl die actio furti zur condictio furtiva und zur vindication. dafs übrigens durch dasselbe delict begründete verschiedene poenalklagen nicht klagen de eadem re seien, hatte bereits Labeo erkannt [16]):

> si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit, eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

doch fand seine auffassung nicht bald allgemeine billigung, vielmehr wissen wir dafs während langer zeit die Römischen juristen über das verhältnifs verschiedener aus demselben delict erwachsender klagen zu einander sich nicht einigen konnten [17]). offenbar stand diese controverse mit den verschiedenen auf-

---

[15]) zu vergleichen ist Modestins ausdruck »plura delicta in una re« im fr. 53 de obl. et act.; ähnlich ist auch Savignys auffassung der worte Ulpians, System V § 234.

[16]) fr. 15 § 46 de injur. von Ulpian.

[17]) vergl. fr. 34 de obl. et act. von Paulus, fr. 32 eod. von Hermogenian, fr. 53 eod. von Modestin, § 8 I. de obl. quae ex del.

fassungen unsrer regel und zumal des begriffs »res« in der- §20.
selben in zusammenhang; wir werden daher im nächstfolgenden paragraphen, der die geschichtliche entwicklung der regel »bis de eadem re ne sit actio« zu verfolgen bestimmt ist, nochmals auf dieselben zurückkommen müssen.

§ 21. Geschichtlicher überblick.

Mehrfach ist im laufe unserer untersuchungen darauf §21.
hingewiesen worden, dafs die geschichtliche ausbildung der betrachteten consumptionsregel nach der beschaffenheit unsrer quellen nicht genau und zuverlässig darzulegen ist, vielmehr wir uns begnügen müssen die geltung der regel zu erfassen, wie sie in den aussprüchen der pandektenjuristen sich kundgiebt, und erst nachdem wir so festen boden gewonnen, wir versuchen können durch conjectur einzelnes über die entwicklung der regel zu entdecken. jetzt, wo unsere untersuchungen soweit gediehen, dafs nur noch die speciellen wirkungen der regel darzustellen sind, dürften auch vermuthungen über die allmählige fortbildung der regel am orte sein.

die regel selber gehört zu den ältesten des Römischen rechts. wir wissen von keiner zeit, der ein schutz des gerichtlichen verfahrens, wie ihn die regel gewährt, gefehlt hätte. für die zeit der legisactionen bezeugt Gajus, wie bereits hervorgehoben, ihre gültigkeit ausdrücklich. nach der treue und consequenz, mit der die Römer auch am äufserlichen festhielten, ist es wol nicht zu kühn anzunehmen dafs die regel, auch wenn sie nie in feste gesetzesworte gefafst sein sollte, doch zu allen zeiten in dieselbe wortformel gekleidet zu werden pflegte, und dafs demnach der ausdruck »bis de eadem re ne sit actio«, abgesehn von möglichen rein sprachlichen verschiedenheiten, eben so alt ist wie die regel selber.

aber wir haben gesehn dafs der begriff der res, wie die juristen denselben ausgebildet, kein einfacher und hand-

§ 91. greiflicher war, ja dafs diese res auch in den formeln einen regelmäfsigen ausdruck nicht fand, und dafs die untersuchungen über die identität der res andern an eleganz und schärfe nicht nachstehn. so fein entwickelte begriffe waren dem älteren rechte fremd, man suchte damals nach leichtfafslichen merkmalen um über die zulässigkeit oder unzulässigkeit der zweiten klage zu entscheiden, und man fand dergleichen.

schon bei betrachtung der adpromissionen [1]) ist angedeutet worden dafs im ältesten rechte wahrscheinlich die begriffe »eadem actio« und »actio de eadem re« nicht unterschieden wurden, daher man bei prüfung der frage, ob zwei klagen auf dieselbe res sich bezögen, nur die äufsere gestaltung derselben in das auge fafste, und nur wo diese bei beiden klagen gleich war, auch eine identität der res annahm. gewifs war dies, verglichen mit dem späteren, ein unvollkommener rechtszustand, doch darf man nicht übersehn dafs die möglichkeit mit verschiedenen klagen über dieselbe sache zu streiten nie eine sehr ausgebreitete gewesen, und dafs von den im ausgebildeten rechte anerkannten fällen viele verhältnifsmäfsig neues ursprungs sind; man denke z. b. an die klagen adjecticiae qualitatis, die aedilicischen klagen, an die actiones in factum conceptae.

bis zu Ciceros zeit mufs diese auffassung unserer regel sich wirksam gezeigt haben. der anfang eines briefes an Servius [2]) lautet:

> licet eodem exemplo saepius tibi hujus generis litteras mittam, cum gratias agam quod meas commendationes tam diligenter observes. quod feci in aliis, et faciam, ut video, saepius; sed tamen non parcam operae, et ut vos soletis in formulis, sic ego in epistolis: »de eadem re alio modo«.

---

[1]) s. oben § 14 s. 188 folg.

[2]) ad fam. XIII 27; vergl. de finib. V 88 (29); beide stellen sind bereits oben s. 25 citirt.

nach der art wie Cicero hier sein eigenes thun als ein »de eadem re alio modo« darstellt, mufs dieses offenbar ein erlaubtes sein, und dieselbe figur auch in den formeln etwas zu recht bestehendes, nicht etwas verbotenes bezeichnen. Savigny[2]) nimmt an dafs Ciceros worte auf eine praescriptio pro actore zu beziehn seien, die man brauchte wenn die eigenthumsklage wiederholt causa adjecta angestellt wurde. diese auffassung stimmt im allgemeinen mit der meinigen überein, und ich wüfste nichts was direct wider dieselbe sich anführen liefse; nur sehe ich gleichfalls nicht ab, wie wir beweisen können, dafs ein »de eadem re alio modo agere« nur in dem einen falle der mit specieller angabe des erwerbsgrundes wiederholten vindication erlaubt gewesen. denn dafs wir andere fälle nicht näher kennen, berechtigt uns nicht deren existenz zu bestreiten. ich glaube dafs wir ganz allgemein annehmen müssen, zu Ciceros zeit sei ein »de eadem re alio modo agere« wo möglich, da auch gestattet gewesen. es fragt sich wie dies mit der allgemein gültigen regel, die jedes »bis de eadem re agere« verbot, zu vereinen war. jene fälle des »alio modo agere« kurzweg als ausnahme zu bezeichnen würde uns wenig fördern, wir müssen angeben warum man die ausnahmen zuliefs. galten ursprünglich nur gleiche klagen als actiones de eadem re, so mufste man alle verschiedenen klagen unbedenklich nach einander zulassen, und jedes »alio modo agere« gestatten. an diesem resultat hielt man, wie es scheint, auch noch zur zeit Ciceros fest, doch zeigt sich in den worten »de eadem re alio modo agere« schon ein fortschritt gegen die älteste auschauung, die bei jedem »alio modo agere« ein »de alia re agere« voraussetzte. offenbar hatte die eigenthümliche ausbildung des begriffs der res bereits angefangen, aber man wufste noch nicht den neugewonnenen begriff angemessen in die alte consumptionsregel einzupassen, und nahm ausnahmen der regel an in §21.

[2]) System VI beil. 17 XII.

§ 91. fällen, die nach richtiger auffassung gar nicht im gebiet der regel lagen.

die fortschreitende jurisprudenz mufste diesen standpunkt bald verlassen, doch nicht ohne auf widerspruch zu stofsen. über die auffassung der regel berichtet Quinctilian in der schon citirten[4]) stelle, instit. VII 6 4:

solet et illud quaeri, quo referatur quod scriptum est: »bis de eadem re ne sit actio«; id est hoc »bis« ad actorem, an ad actionem.

Quinctilians worte, die einen zweifel schildern, sind selber nicht zweifellos. der ausdruck »bis ad actionem referatur« bezeichnet deutlich genug die alte auffassung: dieselbe klage dürfe nicht zweimal wiederholt werden. minder klar ist welche andere ansicht dieser entgegengestellt wird: das »bis« in der regel solle auf den kläger zu beziehn sein. die angemessenste interpretation hiervon mag die von Keller[5]) auch gegebene sein: der kläger dürfe über dieselbe sache überhaupt nur eine klage anstellen. freilich wäre nach dieser annahme Quinctilians ausdruck wenig genau; seine worte stellen den actor der actio entgegen, während er an den gegensatz derselben klage zu verschiedenen klagen über dieselbe sache gedacht haben müfste. statt »actorem« zu lesen »actam rem«, oder besser »rem actam«, ist eine sehr naheliegende emendation. doch darf man nicht übersehn dafs zunächst es nicht in Quinctilians absicht lag, späten zeiten juristische controversen zu überliefern. er will ein seinen zeitgenossen verständliches beispiel des jus obscurum anführen; wol möglich dafs der vulgäre sprachgebrauch seiner zeit die widerstreitenden meinungen den gewählten ausdrücken gemäfs zu unterscheiden pflegte.

die andre von Keller vorgeschlagene interpretation dürfte weniger zu billigen sein. es frage sich ob über dieselbe sache

---

[4]) oben § 3 s. 21.

[5]) Civ. Pr. n. 850.

nur der kläger oder auch der beklagte nicht von neuem klagen §21.
könne. die fälle, wo eine res des beklagten consumirt wurde, waren nie sehr häufig, und kein anderes zeugnifs rechtfertigt die annahme, dafs sie gegenstand juristischer controversen gewesen.

ich nehme keinen anstand in dieselbe zeit, welcher die streitigkeiten über den begriff der res in unserer regel angehören, auch den ursprung der controverse über die zulässigkeit und durchführbarkeit mehrer durch dieselbe handlung begründeter delictsklagen zu setzen; doch war die praktische wichtigkeit dieser controverse zu grofs, um die annahme zuzulassen, dafs sie ihre entstehung allein theoretischen abstractionen, eben jenen differenzen über die bedeutung der res, verdankt haben sollte. je nachdem man eine strengere oder eine mildere behandlung des straffälligen für angemessen erachten mochte, mufste man im berührten falle die zulassung der verschiedenen klagen neben einander, oder nur die einer einzigen derselben billigen. den streitenden parteien kam es darauf an die von ihnen vertretenen meinungen als anerkannten rechtsgrundsätzen entsprechend darzustellen. so lange der begriff der res de qua agitur kein fest ausgebildeter war, konnten beide theile*) auf die consumptionsregel sich berufen. an die ältere auffassung anschliefsend lag es nahe aus der verschiedenheit der zulässigen klagen das nichteintreten der consumption und die durchführbarkeit aller einzelnen klagen herzuleiten. dem konnte eine neuere theorie entgegensetzen, bedingung der consumption sei nicht die identität der klagen, sondern die von

*) Savigny System V § 234 nimmt drei verschiedene meinungen alter juristen an: je eine strafklage consumirt alle andern; nach der angestellten ersten sind alle andern klagen zulässig, aber nur soweit sie auf ein plus gehn; die klagen kommen unbeschränkt nebeneinander zur anwendung. ich kann die verschiedenheiten der beiden letzten ansichten füglich unbeachtet lassen, da nur der gegensatz der ersten wider die beiden andern mit der consumptionsfrage in berührung kommen dürfte. auch die meinung der »alii«, die Paulus fr. 34 pr. de obl. et act. anführt, kann hier unberücksichtigt bleiben.

§ 81. dieser wohl zu unterscheidende identität der res; bei all diesen klagen handle es sich um dieselben thatsachen, diese thatsachen seien die res de qua agitur, mithin müsse eine klage die andre consumiren [7]). dafs diese auffassung vielen beifall gefunden, ergiebt sich zumal daraus, dafs auch ihre gegner zugestanden zu haben scheinen, der art concurrirende delictsklagen seien zwar klagen de eadem re, wirkten aber ausnahmsweise nicht consumirend auf einander ein [8]). doch fand auch die richtige meinung, dafs diese klagen wegen verschiedenheit ihres objects und der proxima causa petendi nicht klagen de eadem re seien, schon frühzeitig, z. b. von Labeo, anerkennung [9]). dafs selbst unter den letzten pandektenjuristen, zu einer zeit also wo, so viel wir wissen, über den begriff der res als gegenstand der klagenconsumption aller streit erloschen war, dennoch einzelne [10]) die meinung vertheidigten dafs im betreffenden falle nur eine klage zulässig sei, beweist am besten die vorherrschend praktische bedeutung der berührten controverse, und eben dies erklärt wie Ulpian [11]) von »actiones de eadem re concurrentes« sprechen konnte, während es ihm zweifellos sein mufste, dafs die betreffenden klagen nicht »actiones de eadem re« im sinne der consumptionsregel seien. nur was geltendes recht sei, nicht warum es gelte, will Ulpian lehren; zum belege dafür dafs die actio de pauperie und die entsprechenden aedilicischen klagen neben einander wirken, führt er den alten rechtssatz an, dafs poenalklagen de eadem re einander nie consumiren. wie dieser entstanden war haben wir nach-

[7]) so die von Paulus im fr. 34 pr. de obl. et act. angeführten »quidam«, wahrscheinlich auch Modestin im fr. 53 pr. eod.

[8]) »nunquam actiones poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit«, vergl. die oben s. 261 angeführten stellen.

[9]) fr. 15 § 46 de injur. von Ulpian. die stelle ist oben s. 262 abgedruckt.

[10]) vergl. fr. 53 de obl. et act. von Modestin, aber auch Vangerow Leitfaden III § 572.

[11]) fr. 130 de reg. juris.

gewiesen, wir dürfen annehmen dafs er vielfach gebilligt und zu ansehn gelangt war, mit dem resultat stimmt Ulpian überein, so mochte er, wo es eben nur auf dies resultat ankam, nicht auf die art und weise wie dasselbe zu rechtfertigen, auf den anerkannt gültigen satz sich berufen. § 21.

noch haben wir des einflusses zu gedenken, den das zur zeit der entwickelten jurisprudenz mit unserer regel concurrirende princip, den materiellen inhalt des richterlichen urtheils als wahr zu fingiren, auf dieselbe geübt hat. es ist leicht erkennbar dafs beide regeln vielfach gleiche wirkung äufsern, häufig aber auch in conflict gerathen mufsten. das bestreben der Römischen juristen ging hier, wie in andern ähnlichen fällen, nicht darauf, diesen gegensatz scharf herauszubilden, und dem einen princip vollständigen sieg über das andere zu verschaffen, vielmehr suchten sie beide so fortzubilden, dafs sie möglichst verträglich mit einander würden. je bestimmter und präciser der begriff der res qua de agitur gefafst wurde, desto mehr wurden die über die consequenzen der fiction der wahrheit erkanntes rechts hinausgreifenden wirkungen der regel »bis de eadem re ne sit actio« beschränkt; wogegen jene ältere auffassung, welche die wiederholung der eadem actio untersagte, nur selten mit jenem princip in einklang stehn konnte.

als stellen, in denen der conflict beider regeln sich darstellt, werden fr. 16 § 5 de pign. et hyp. von Marcian und fr. 9 § 1 de exc. rei jud. von Ulpian genannt, und mit beiden meist auch fr. 16 eod. von Julian in verbindung gebracht. insofern diese stellen die aufhebung von wirkungen der consumptionsregel behandeln, sind sie erst im folgenden[12]) zu besprechen, hier aber interessirt uns das fr. 9 § 1 cit., weil dasselbe vielleicht einen einblick in die fortbildung unserer regel gestattet.

wir haben gesehn[13]) dafs, wenn der mit einer ding-

[12]) s. unten § 24.

[13]) vergl. oben § 19 s. 251 folg.

§ 21. lichen klage belangte nach dem richterlichen ausspruch neuen besitz erwirbt, eine zweite anstellung der vindication zulässig ist, weil der neue besitz eine neue causa petendi involvirt, mithin die zweite klage zur ersten als actio de eadem re nicht gelten kann. ebendarum ist die zweite klage überall zulässig, wo die erste klage wegen nichtbesitzes des beklagten abgewiesen worden; der die neue klage bedingende besitz mufs in diesem falle stets als nach dem ersten erkenntnifs entstanden betrachtet werden.

als belegstelle hierfür wurde unter andern auch fr. 9 pr. de exc. rei jud. angeführt. Ulpian umfafst zwei fälle der hereditatis petitio. im einen wird dem kläger die erbschaft zugesprochen, »fuit judicatum hereditatem meam esse«, im andern der beklagte als nichtbesitzer freigesprochen, »adversarius quia nil possidebat absolutus est«; für beide lautet die entscheidung gleich: »non nocere exceptionem«. dies erklärt sich aus der annahme dafs [14]) auch in jenem ersten falle die verurtheilung des beklagten wegen nichtbesitzes unterbleibt. alsdann stehn beide fälle hinsichts der consumirenden kraft des verfahrens, auf welche die wörtliche fassung der pronuntiatio keinen einflufs übt, völlig gleich. das »non nocere exceptionem« wäre demnach hier, ganz wie im fr. 17 de exc. rei jud. von Gajus, dem »exceptio locum non habebit« im fr. 18 eod. von Ulpian gleichbedeutend.

zwischen den consumirenden wirkungen der hereditatis petitio und der rei vindicatio zu unterscheiden, ist kein grund. wenn also bei dieser klage der richter das recht des klägers anerkannt, aber wegen nichtbesitzes den beklagten nicht condemnirt hat, so müssen wir annehmen dafs, wenn nachträglich derselbe beklagte besitz erlangt, Ulpian wider die erneute vindicatio die exceptio rei judicatae, ganz ebenso wie wider die erneute erbschaftsklage, geradezu absprechen

[14]) hierauf weisen auch die worte im anfang der stelle: »si a te hereditatem peterem cum nihil possideres et c.«

würde. Ulpian aber führt im betrachteten fr. 9 § 1 eine § 21.
abweichende entscheidung von Neraz an: »si actori iterum petenti objiciatur exceptio rei judicatae, replicare eum oportere de re secundum se judicata«. dafs Ulpian die meinung des Neraz, mit der er übrigens im materiellen resultat durchaus übereinkommt, nur anführe und nicht auch billige ist keine allzukühne conjectur[15]), und wir haben, wenn wir ihr beitreten, im fr. 9 cit. ein beispiel wie die fortschreitende jurisprudenz durch schärfere ausbildung der einander gegenüberstehenden principien collisionen ihrer wirkungen vorzubeugen wufste. Neraz noch hält einen conflict für unvermeidlich, wider die ältere soll die jüngere der billigkeit näher verwandte regel durchgreifen, und darum jene eine ausnahme erleiden. Ulpian begrenzt die alte regel schärfer, nach seiner auffassung kann sie den betreffenden fall gar nicht umfassen, mithin hier nicht mit neueren grundsätzen in widerspruch treten und von ausnahmen durchbrochen werden.

bedenken wider unsere auslegung des fr. 9 cit. halte ich für möglich, aber nicht für erheblich. man möchte einwenden: »non nocere exceptionem« sei kein völlig bestimmter ausdruck; vielleicht unterscheide auch Ulpian zwischen den wirkungen der verschiedenen richterlichen aussprüche; ein widerstreit zwischen ihm und Neraz sei daher nicht vorauszusetzen, und ein weiteres fortschreiten der jurisprudenz nach Neraz umsoweniger anzunehmen, als dieser selber schon die einzelnen kennzeichen der identität der res[16]) sehr scharf erkannt habe. aber Neraz lebte gerade in der zeit der controverse von der Quinctilian berichtet; er nennt die »causa proxima actionis« als wesentlich bei prüfung ob eadem res zu grunde liege, doch wissen wir nicht, ob er den begriff jener »causa proxima« bereits eben so scharf ausgebildet hatte wie spätere juristen. Ulpians worte deuten eine ver-

[15]) vergl. z. b. fr. 72 pr. de verb. obl. und dazu Savigny Obligationenrecht I § 32 u. 34.

[16]) fr. 27 de exc. rei jud. vergl. oben § 15.

§ 21. schiedene behandlung der beiden fälle, die er mit »sive — sive« gleichordnet, auch entfernt nicht an. endlich sehe ich nicht wie man, vom standpunkt der entwickelten jurisprudenz aus, wenn der beklagte nach der ersten pronuntiatio besitz erlangte, die ertheilung der exceptio rei judicatae wider die erneute dingliche klage rechtfertigen könnte; wollte man nicht etwa ertheilung derselben eben weil sie unbegründet für ungefährlich erklären: »nec obstat exceptio, nec opposita nocet«.

den kühnsten vereinigungsversuch der beiden in frage stehenden rechtsregeln scheint Julian unternommen zu haben. geht man davon aus, dafs was der richter erkannt hat als wahr betrachtet werden müsse, so mufs man consequenterweise jede zweite prüfung der von dem richter ein mal behandelten fragen ausschliefsen. die alte regel lautete »bis de eadem re ne sit actio«. was »eadem res« sei, darüber war man zu verschiedenen zeiten verschiedener ansicht; und auch Julians zeitgenossen waren, wie wir wohl annehmen dürfen, hierüber nicht einer meinung. einigte man sich dahin, unter der »eadem res«, über die nicht zwei male geklagt werden dürfe, dieselbe frage zu verstehn, über die schon einmal erkannt worden, so konnten beide regeln bestens mit einander übereinzustimmen scheinen. gerade diese vereinigung dürfte Julian vorgeschlagen haben [17]):

exceptionem rei judicatae obstare quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.

denn bei einem juristen von Julians selbständiger eigenthümlichkeit ist die annahme begründet dafs, indem er an stelle der identität der causa und des objects die »eadem quaestio« anführt [18]), er nicht nur zwei bestimmte worte durch ein minder bestimmtes ersetzen, sondern zugleich einen neuen begriff aufstellen will.

in ganzer ausdehnung aber ward diese regel Julians dafs, sobald eine frage, die bereits einmal entschieden worden, von

[17]) s. fr. 3 und fr. 7 § 4 de exc. rei jud. von Ulpian.

[18]) vergl. oben § 15 s. 210.

neuem der richterlichen prüfung unterworfen werde, die ex- §21.
ceptio rei judicatae entgegentrete, niemals anerkannt. wenn der erbe eine sache vindicirt hat, »quod defuncti fuit suum esse«, und er stellt später gleichfalls aus des erblassers recht eine persönliche klage wider denselben beklagten an, »quod defuncto debebatur dari sibi oportere«, so schützt den beklagten im zweiten processe keine exceptio rei judicatae, wenngleich bei beiden sachen des klägers erbrecht in frage kommt; furti actio und condictio furtiva sind nach einander zulässig, und bei beiden handelt es sich darum, ob ein diebstahl verübt ist; zahlt der absolvirte nichtschuldner irrthümlich, so hat er die condictio indebiti, die sich auf die schon einmal erörterte behauptung der nichtschuld gründet [19]).

auch Ulpian, der einzige jurist der auf Julians regel sich bezieht, scheint derselben nur unter gewissen modificationen beizupflichten. nach anführung der definition Julians sagt er [20]):

> et ideo si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. § 5. idem erit probandum et si quis debitum petierit a debitore hereditario deinde hereditatem petat, vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat; nam et hic obstabit exceptio. nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci.

nach Julians anschauung bedurfte der satz, dafs die erbschaftlichen singularklagen wider die hereditatis petitio, und umgekehrt diese wider jene die exceptio rei judicatae begründen, keiner weiteren rechtfertigung. augenscheinlich handelt es

[19]) auch Julian wollte in diesen fällen sicher nicht den beklagten befreien, aber um consequent zu bleiben mufste er die exceptio rei judicatae und wider diese eine auf dem positiven inhalte des gesprochenen erkenntnisses beruhende replik ertheilen, während andere juristen die genannte exception geradezu verweigerten.

[20]) fr. 7 § 4 de exc. rei jud.

§ 21. sich bei allen klagen um des klägers erbrecht, also um dieselbe quaestio, und eben darum mufste die exception wirksam werden. aber Ulpian hält eine besondere ausführung, »nam cum hereditatem et c.«, erforderlich, um darzulegen warum hier die consumption eintrete. weil die mit den singularklagen verfolgten ansprüche auch in der hereditatis petitio enthalten seien, beide klagen also auf dieselben ansprüche, auf dieselben res sich beziehen, darum consumire die eine die andre. es ist bereits bemerkt worden [21]) dafs Ulpian, indem er seine entscheidung in dieser art motivirt, mit der mehrzahl der späteren pandektenjuristen, hinsichts der identität der res und der geltung der consumptionsregel überhaupt, durchaus übereinstimmt. nach Ulpians auffassung scheint also Julians regel die beschränkte bedeutung zu haben, dafs nur wo dieselbe quaestio wiederum verhandelt werde, die exception anwendung finde; und einen andern sinn wird man der regel auch im zusammenhange des pandektensystems nicht unterlegen dürfen. aber gerade weil den worten Julians die andere interpretation näher liegt, dafs überall, wo dieselbe quaestio zum zweiten mal vor den richter gebracht werde, die exception wirken müsse, werden wir annehmen können dafs, indem Julian jene regel aufstellte, er ein anderes ziel verfolgte als die späteren juristen.

doch genug der vermuthungen. so gewifs die geltung der regel »bis de eadem re ne sit actio« von ältesten zeiten bis zur rechtssammlung Justinians ist, und so deutlich ich die gestaltung derselben im entwickelten classischen recht zu erkennen vermeine, ebenso bedenklich und zweifelhaft erscheint mir vieles betreffs der geschichtlichen ausbildung unserer regel. nur darum habe ich hier conjecturen so ausführlich erörtert, weil auch aus ungewissem, ja falschem zuweilen ein weg zum wahren und gewissen zu finden ist.

---

[21]) vergl. oben § 18.

Die wirkungen der regel.

§ 22. Abweisung der zweiten klage.

Bisher sind die bedingungen der wirksamkeit unserer regel geprüft worden. wir wissen jetzt, unter welchen voraussetzungen eine klage als actio über eine bestimmte res zu betrachten ist, und woran wir die identität der bereits eingeklagten res mit derjenigen, über die von neuem klage erhoben wird, zu erkennen haben. nur die frage bleibt noch zu beantworten, wie die vorschrift, dafs keine zweite klage über dieselbe res angestellt werden dürfe, praktisch durchgeführt zu werden pflegte. §22.

»bis de eadem re ne sit actio« lautet die regel. eine zweite klage also, die über dieselbe sache erbeten würde, über welche schon einmal geklagt worden, müfste, wollten wir streng den worten der regel folgen, gar nicht zur existenz gelangen können. dies wäre zu erreichen gewesen, wenn stets der praetor die frage, ob die neue klage auf eine bereits eingeklagte sache sich beziehe, selber untersucht, und, wo sie zu bejahen, die klage verweigert hätte. wo die entscheidung leicht, und der conflict der neuerbetenen klage mit unserer regel ersichtlich war, dürfen wir sicher annehmen dafs meist der praetor selber in angegebener art der regel unmittelbar geltung verschaffte.

doch haben wir gesehn wie schwierig häufig die prüfung der frage war, ob bei verschiedenen klagen um dieselbe res oder um verschiedene es sich handle. der praetor hatte nicht zeit zu langwierigen untersuchungen, die daher nothwendigerweise dem richter anheimfielen. hervorgehoben ist bereits [1]) dafs hiermit ein verstofs wider die worte der regel, aber auch nur wider diese, begangen wurde, da nun

[1]) vergl. oben § 9 s. 97 und 118.

§ 22. freilich über dieselbe sache eine zweite klage, aber eine wirkungslose, zulassung fand.

die anweisungen an den richter, die behauptete consumption der eingeklagten ansprüche zu prüfen, war nach verschiedenheit der fälle verschieden zu fassen. überall bestimmt die formel was der richter zu untersuchen und als bedingung der condemnation zu erfassen hat. wo die condemnation, wie bei den persönlichen klagen, an die behauptung eines klagbaren anspruchs sich anknüpft, mufs der richter, wenn er finden sollte dafs über jenen anspruch bereits einmal geklagt und derselbe hierdurch seiner klagbarkeit beraubt worden, schon den worten der gewöhnlichen formel gemäfs, die neue klage abweisen. anders wenn, wie bei den dinglichen klagen, im formularprocefs ein recht, abgesehn von der klagbarkeit desselben, als bedingung der condemnation genannt wird. war auf grund solches rechts bereits einmal geklagt, so hatte dasselbe zwar die klagbarkeit, nicht aber die existenz als recht verloren. nach den worten der einfachen formel wäre also die klage durchzuführen, und der beklagte zu condemniren, und eben darum bedurfte es hier eines zusatzes zur formel, der den richter ausdrücklich anwies zu prüfen ob bereits eine frühere richterliche untersuchung desselben anspruchs stattgefunden, und, wo dies der fall, zu absolviren. ein gleicher zusatz zur formel war aber auch überall da erforderlich, wo das erste verfahren über die betreffende res nach den begriffen des strengen civilrechts nicht als actio sich darstellte, dennoch aber nach des praetors willen einer actio gleich wirken sollte.

die zusätze zu den formeln, die der praetor ertheilte, waren die exceptionen rei in judicium deductae und rei judicatae, jenachdem der erste procefs bis zur litiscontestation oder bis zum erkenntnifs durchgeführt, die res nur der richterlichen prüfung unterworfen, in judicium deducirt, oder durch richterlichen ausspruch entschieden war. der richter soll im ersten falle prüfen »si ea res in judicium antea non

venit«, im andern »si ea res judicata non est«[2]) und nur §99. wenn diese bedingungen eingetreten, die res nicht in judicium deducirt, oder nicht durch erkenntnifs entschieden ist, verurtheilen. die res konnte als in judicium gekommen, und respective als judicata erscheinen ohne dafs eine actio nach den begriffen des alten civilrechts über dieselbe stattgefunden hatte, sobald man dem praetor die macht zubilligte ein judicium zu bestellen, auch wo kein nach civilrecht klagbarer anspruch zu grunde lag. andererseits aber bewirkten natürlich auch die alten civilklagen ein »rem in judicium deduci« und »rem judicari«, und die genannten einreden zwangen daher den richter auch die durch diese klagen bewirkte consumption zu berücksichtigen. übrigens ist hier zu bemerken dafs, nicht blofs wo der richter durch die gewöhnliche formel nicht angewiesen war die consumption in betracht zu ziehn, sondern auch wo die klagbarkeit der res die bedingung der condemnation war, die einreden im interesse der sicherheit des beklagten häufig hinzugefügt wurden, da man, wol nicht mit unrecht, annahm dafs der richter bei ausdrücklicher und unmittelbarer hinweisung auf die betrachtung der consumption diese minder leicht übersehn könnte als da, wo jene hinweisung eine mittelbare und nur durch logische schlufsfolgerung erkennbare war. man vergleiche Paulus worte[3]):

> si is, cui rem comodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram perimit, aut ipso jure, aut per exceptionem, quod est tutius.

man pflegt in fällen, wo der richter durch eine exceptio angewiesen wird die frage, ob der eingeklagte anspruch bereits consumirt ist, zu prüfen, von indirecter consumption zu reden, und dieser die directe consumption entgegenzustellen; nicht ganz scharf, da die gründe warum die einreden in die

[2]) vergl. oben § 10.

[3]) fr. 34 § 1 de obl. et act. vergl. fr. 9 pr. de jurej. von Ulpian.

§ 99. formel aufgenommen wurden nicht überall dieselben waren, und namentlich nicht auf gleicher beschaffenheit der consumption in den betreffenden fällen beruhten. wo die exceptio blofs zu gröfserer sicherheit des beklagten in die zweite klage aufnahme fand, konnte, wie leicht ersichtlich, durch die anwendung, respective nichtanwendung solcher sicherheitsmafsregel auf die natur der ersten klage und der von derselben bewirkten consumption nicht irgend welcher einfluſs geübt werden. auch Gajus unterscheidet fälle, in denen »ipso jure amplius agi non potest«, von solchen, wo »ipso jure amplius agi potest«, führt diesen unterschied aber keineswegs auf verschiedene beschaffenheit der eintretenden consumption zurück, und gerade zu diesem irrthum scheinen die ausdrücke »directe« und »indirecte consumption« hinzuführen. abgesehn hiervon können sie bequem erscheinen um die verschiedenen arten, wie der richter auf die eingetretene consumption hinzuweisen ist, zu unterscheiden.

über das verhältnifs der exceptio rei judicatae zur exceptio rei in judicium deductae ist noch zu bemerken, dafs aus den quellen nicht mit gewifsheit zu ersehn ist, ob zu einer zeit stets nur eine von beiden anwendung finden konnte, oder ob nach dem erkenntnifs beide electiv mit einander concurrirten. Savigny[4]) ist jener, Keller[5]) dieser ansicht. ich nehme keinen anstand der ersten meinung beizutreten. es scheint seltsam zu einer zeit, wo über die sache bereits erkannt, die res judicata ist, sich darauf zu berufen, dafs dieselbe res früher einmal in judicium deducirt worden.

betrachten wir jetzt die einzelnen fälle nach der darstellung des Gajus[6]) genauer. wir fangen an mit den klagen in personam. hier ist zwischen den in jus und den in factum concipirten formeln, und zwischen judicia legitima und den-

[4]) System VI § 281.

[5]) Lit. Cont. § 26 doch vergleiche man Civ. Pr. n. 847.

[6]) die den nächstfolgenden untersuchungen zu grunde liegenden stellen sind die vielbesprochenen III 180, 181 und IIII 106—8.

jenigen quae imperio continentur zu unterscheiden. nur wo § 22.
im formularproceſs judicium legitimum und formula in jus concepta zusammentreffen, kann nachher ipso jure über dieselbe sache nicht mehr gestritten werden, die exceptio ist hier überflüssig:

quia inutiliter intendo »dari mihi oportere«, quia litis contestatione dari oportere desiit.

mit der litis contestation also soll das dari oportere aufhören. bedenken wir daſs »dari oportere« überall eine klagbare fordrung bezeichnet, daſs ein gesetz, oder doch quod legis vicem obtinet verbietet einzuklagen worüber bereits eine actio stattgefunden, und daſs mit der litiscontestation die actio beginnt, so mag eben dieses aufhören des dari oportere mit der litiscontestation als folge unserer regel sich darstellen. dennoch scheint der ausdruck »litis contestatione dari oportere desiit« nicht völlig zutreffend. die bedingung der condemnation in der formel lautet bei diesen klagen »si paret dari oportere«, wäre das dari oportere eben durch die litis contestation aufgehoben, so müſste der richter freisprechen. mit der litis contestation hört nur die möglichkeit auf, neue klagen über den betreffenden anspruch anzubringen, keineswegs aber die andre möglichkeit, denselben anspruch mit der bereits angebrachten klage einzutreiben. jenachdem man das dari oportere so oder so auffaſste, muſste man es nach der litis contestation als erloschen oder als noch fortdauernd[7]) betrachten.

auch im legisactionsproceſs bildete das von den parteien näher bezeichnete klagbare recht[8]) die bedingung des von dem richter auszusprechenden erkenntnisses. unsere regel galt schon in den frühesten zeiten, daher müssen auch hier die

[7]) auf das in diesem fortbestehn des dari oportere enthaltene argument wider die novatio necessaria, die nach gemeiner meinung durch die litiscontestation bewirkt werden soll, wird der nächste paragraph zurückkommen.

[8]) vergl. oben § 5.

§ 22. gleichen ursachen die gleiche erscheinung rechtfertigen. war das recht durch eine erste klage ein klagloses geworden, so konnte der richter das sacramentum, das das vorhandensein eines klagbaren rechts voraussetzte, als justum nicht anerkennen.

anders bei den klagen welche auf dem imperium des magistrats beruhn. Gajus sagt ipso jure könne hier de eadem re von neuem geklagt werden, darum sei eine der vorerwähnten exceptionen erforderlich. auch dies ist leicht erklärt. das judicium quod imperio continetur war keine actio im sinne der alten regel, nach strengem rechte hat noch gar keine actio über die betreffende res stattgefunden, und es war daher auch kein grund vorhanden die neue klage über diese res zu verweigeren. aber der praetor giebt aus eigner macht dem von ihm eingesetzten judicium die wirkungen die der legitimen klage gesetzlich zustehn, darum weist er den richter an zu prüfen ob die sache schon einmal in ein judicium gebracht worden, respective ob über dieselbe erkannt sei um demgemäfs den kläger abzuweisen.

auch dafs, wo mit einer formula in factum concepta gestritten wurde, die klage ipso jure keine consumirende kraft übte, scheint auf ähnlichen gründen zu beruhn. die formeln in factum waren praetorische, sie bildeten einen gegensatz zum alten jus, und klagen, bei denen sie benutzt wurden, waren eben darum keine actiones im sinne der alten rechtssprache. der praetor aber schätzte auch hier wieder das institut[9]), das er selber in das leben gerufen hatte, den alten actiones gleich, und gab deshalb die exceptionen.

Kellers auffassung ist hier eine weit verschiedene[10]). bei den klagen in factum handle es sich nur um thatsachen, diese

[9]) man vergleiche Buchkas ausführungen Einflufs des Processes § 1: »die instruction des judex, welcher eine lediglich dem praetorischen rechte angehörige form gegeben war, konnte auch nur praetorische wirkungen hervorbringen«.

[10]) Lit. Cont. § 8 und § 12.

könnten nicht novirt werden, und abgesehn hiervon, könnten §§.
die betreffenden thatsachen durch litiscontestation nicht unwahr werden. der erstgenannte grund hängt innig mit dem von Keller als fundament der klagenconsumption angenommenen novationsprincip zusammen, und wird daher schon durch das an anderen stellen wider diese annahme angeführte widerlegt [11]). aufserdem aber dürfte die behauptung, dafs bei den klagen in factum nur eben um thatsachen, nicht um den aus denselben erwachsenden anspruch es sich handle, schwerlich gegründet sein [12]), wie dies gerade aus näherer betrachtung des zweiten von Keller vorgebrachten arguments sich ergiebt. wäre bei der in factum concipirten klage nur die thatsache des deponirens, nicht der aus derselben erwachsende anspruch des Agerius die bedingung der condemnation, so würde Numerius, wo bereits einmal gegen ihn mit einer in jus concipirten formel geklagt worden, und er zum zweiten mit einer formel in factum belangt würde, nicht freizusprechen sein, wenn in diese formel nicht die exceptio rei judicatae aufnahme fände. ob in diesem falle die consumption direct oder indirect einträte, hinge also, nach Kellers ansicht, nicht sowol von der beschaffenheit der ersten, als von der der zweitangebrachten klage ab, und nur dann würde die actio in personam mit einer intentio civilis über die in judicium legitimum verhandelt worden, die zweite klage de eadem re ipso jure ausschliefsen, wenn auch diese zweite klage in jus concipirt wäre; denn dafs auch die actio in jus concepta thatsachen nicht ungeschehn machen kann, scheint zweifellos. diesen annahmen aber dürfte die darstellung des Gajus IIII 107 widerstreben.

wir kommen jetzt zu den actiones in rem. bei diesen

---

[11]) s. namentlich den folgenden paragraphen.

[12]) Keller scheint diese ansicht auch jetzt nicht aufgegeben zu haben, Civ. Pr. s. 134, trotz den von Buchka a. a. o. dawider vorgebrachten argumenten. meine anschauung der in factum concipirten klagen spricht sich oben im § 5 aus.

§ 99. wirkte im legisactionsprocesse die consumption, ganz wie bei den persönlichen klagen, ipso jure, während sie im formularprocesse durch die einreden zu vermitteln war. da formulae in factum conceptae und judicia quae imperio continentur dem legisactionsprocefs fremd waren, so ist dies der einzige fall, in dem der ältere und der neuere procefs betreffs der consumption von einander abweichen. die abweichung scheint daraus erklärt werden zu müssen dafs im legisactionsprocesse das »quando tu injuria vindicavisti«, im formularprocesse aber das dingliche recht selber, »rem Agerii esse«, die bedingung des urtheils bildete. wer bereits einmal die sache vindicirt hatte, der stellte dieselbe vindication zum zweiten male gewifs mit unrecht an, dagegen zerstörte die erste klage das dingliche recht keineswegs, die sache war nichts destoweniger des Agerius, wenngleich dieser kein klagrecht hatte. Keller[13]) versucht die indirecte consumption der actio in rem im formularprocesse aus der unmöglichkeit zu erklären, dafs ein dingliches recht durch novation aufgehoben werden könne. aber solche consumption dingliches rechts, mittels einer novation, war doch zur zeit des legisactionsprocesses gleichfalls unmöglich, und dennoch lassen Gajus worte keinen zweifel, dafs die consumption auch bei dinglichen klagen damals ipso jure eintrat. Buchka argumentirt ähnlich: die incongruenz des dinglichen rechts mit der klage schliefse die directe wirkung aus. war diese incongruenz zur zeit der legisactionsprocesse noch nicht vorhanden? oder aber, warum wirkte sie nicht?

Justinians institution nennen ganz allgemein die exceptio rei judicatae als einziges organ der consumption in allen fällen. hiermit stimmen die pandektenfragmente überein, auch sie scheinen in ihrer jetzigen fassung nur diese einrede zu kennen, und ausdrücke wie »non obstat« oder »non nocet exceptio«

---

[13]) Lit. Cont. § 12.

[14]) § 5 Inst. de exc.

bezeichnen unmittelbar den nichteintritt der consumption. dafs die compilatoren manchen ausdruck dem neuen rechtszustande gemäfs verändert, dürfte nicht zu leugnen sein, doch scheinen nicht wenige stellen die annahme solcher umgestaltung entschieden zurückzuweisen [15]). auch dürfte es nicht unwahrscheinlich sein, dafs schon zur zeit der späteren pandektenjuristen die consumption in den meisten fällen mittels der exceptio rei judicatae durchgeführt zu werden pflegte, ebensowol darum, weil die fälle, in denen die consumption direct eintrat, an und für sich die seltneren waren, als auch weil selbst in diesen fällen, wie schon bemerkt, die exceptionen um den beklagten besser zu sichern angewandt wurden. auch hier war also die entwicklung im Römischen rechte eine allmählig fortschreitende, und was später als gesetz galt, war durch die ältere praxis vermittelt. § 22.

was schliefslich die consumption von ansprüchen des beklagten betrifft [16]), so dürfte dieselbe nur im legisactionsprocesse stets ipso jure gewirkt haben, im formularprocesse aber der regel nach mit der exceptio rei judicatae durchgeführt worden sein, wie sich dies aus näherer betrachtung der einzelnen fälle, in denen eine derartige consumption eintrat, leicht ergiebt. die vindication konnte auf ansprüche des beklagten nicht anders als auf die des klägers einwirken; dafs ansprüche aber mittels einer exception verfolgt wurden, war ebensowenig eine civile actio über dieselben, wie die klage mit formula in factum concepta oder das judicium quod imperio continetur. nur die betreffenden consumptionsfälle

---

[15]) stellen, die einen grofsen umfang der anwendbarkeit der exceptio rei judicatae anzudeuten scheinen, ohne gleichwohl ersichtliche spuren der compilatorenabänderungen zu tragen, sind u. a. fr. 6, fr. 12, fr. 14 pr., fr. 22, de exc. rei jud. von Paulus, fr. 23 eod. von Ulpian. oder wäre der schöne schlufssatz »parere ergo . . .« im fr. 6 cit. von Tribonian? die annahme irgend eines abschreiberversehens ist doch wol wahrscheinlicher.

[16]) man vergleiche oben § 10.

§ 22. bei bonae fidei klagen können zweifelhaft, und namentlich bei der formel »quicquid alterum alteri dare facere oportet« der directe eintritt der consumption gerechtfertigt erscheinen. doch ward auch hier durch die aufnahme der exceptio rei judicatae dem beklagten gröfsere sicherheit geschafft. die exceptio rei in judicium deductae konnte keine anwendung finden, wo die consumption erst mit dem erkenntnifs eintrat [17]).

§ 23. Einflufs der consumption auf das die klage begründende recht.

§ 23. Wie bei den actiones in rem der eingeklagte anspruch leicht von dem der klage zu grunde liegenden rechte zu unterscheiden ist, ebenso ist hier auch der umfang der stets nur auf die res, den eingeklagten anspruch, einwirkenden processualischen consumption leicht zu bestimmen. über dieselbe res darf zwischen denselben personen keine zweite klage statt finden; abgesehn von der klagbarkeit bleibt daher dem eigenthümer sein volles recht, und auch diese beschränkung bezieht sich nur auf eine person, respective auf die nachfolger derselben. kläger also, und ebenso beklagter wo mit der klage auch über dessen recht verhandelt worden, verlieren durch die klage das vindicationsrecht dem andern theile gegenüber, und consequenterweise, da, wie wir gesehn, auch das entscheiden über einen excipiendo der richterlichen cognition unterworfenen anspruch als actio über denselben behandelt wird, zugleich auch innerhalb derselben schranken die befugnifs mittels exception ihr recht geltend zu machen. wie der neuen klage die exceptio rei judicatae, ebenso tritt der exceptio »si non ejus sit res« die replicatio »si res judicata non sit« entgegen; man sehe fr. 24 de exc. rei jud. von Julian.

---

[17]) vergl. s. 130 folg.

nicht ganz so leicht ist es die einwirkungen der con- §22.
sumption auf ein fordrungsrecht zu begrenzen. es ist bekannt wie nahe ursprünglich die begriffe »actio« und »obligatio« zusammenlagen, und die res, die aus dieser erwuchs und mittels jener durchgeführt wurde, mufste mit beiden meist zusammenzufallen scheinen. je mehr aber jene zwei begriffe eigenthümlich sich entwickelten, und wie von einander so auch von der res sich unterschieden, desto deutlicher stellte sich heraus dafs durch die actio nur die res consumirt wurde, und die obligation, was sie klaglos zu wirken vermochte, auch nach dem eintritt der consumption müfste wirken können. nur die zweite actio über dieselbe sache war verboten, jede andre durchführung des anspruchs, die als actio nicht zu betrachten war, mufste gestattet werden. man pflegt, dem sprachgebrauch der Römischen juristen folgend, anzunehmen dafs die in judicium deducirte fordrung als naturalis obligatio nach der litiscontestation fortbesteht.

betrachten wir die wirkungen dieser naturalis obligatio im einzelnen.

solutum non repetere. dies bezeugt ausdrücklich Venulejus im fr. 8 § 1 rat. rem hab., mit dem auch Papinians entscheidung im fr. 50 § 2 de peculio zu vergleichen ist[1]). es ergiebt sich dasselbe ferner daraus, dafs auch nach dem freisprechenden erkenntnifs die condiction des gezahlten dem verus debitor versagt wird. freilich darf man dies aus dem fr. 28 de cond. ind. von Paulus nicht schliefsen. denn der ausdruck »judex si male absolvit« ist offenbar zu eng gefafst, um alle conflictsfälle des materiellen und des erkannten rechts zu begreifen. ein »male absolvere« kann nicht angenommen werden wo der kläger wegen nicht erbrachten beweises, oder wegen einer dilatorischen einrede abgewiesen wird. dafs auch in diesen fällen der absolvirte nicht con-

[1]) über Gajus IIII 114 und § 2 Inst. de perp. et temp. act. s. die zweite beilage.

§ 22. diciren könne, ist im fr. 28 cit. nicht gesagt. umfassender aber ist fr. 60 pr. eod. von Paulus:

> Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet, similemque esse ei dicit, qui ita promisit »sive navis ex Asia venerit, sive non venerit« quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

die stelle erklärt nicht, wie Julian den verus debitor vor dem richterlichen urtheil erkennen und doch die möglichkeit voraussetzen mochte, dafs der richter diesen verus debitor freisprechen werde. vielleicht dafs in dem speciellen falle, der Julian zur entscheidung vorgelegt war, der beklagte, der nach der litiscontestation gezahlt hatte und vor dem erkenntnisse condiciren wollte, seinen anspruch nur auf die ungewifsheit seiner verurtheilung, nicht auf seine nichtschuld begründete, oder schuldner zu sein zugab, aber das dasein einer dilatorischen oder einer die obligatio naturalis nicht zerstörenden peremptorischen einrede [1]) behauptete, derentwegen er freigesprochen werden müsse. die ungewifsheit über den fall, auf den sich die entscheidung des juristen bezieht, vermag aber die völlig bestimmte entscheidung nicht zu entkräften: »verus debitor, licet absolutus sit, debitor tamen permanet«. und besteht also nach dem erkenntnifs noch die berechtigung zur retention des gezahlten, so kann diese nicht schon durch die litiscontestation aufgehoben worden sein.

compensation. es ist nach den aussprüchen von Gajus, fr. 8 de compens., Papinian, fr. 18 pr. eod., Venulejus, fr. 8 § 1 rat. rem hab., völlig gewifs dafs auch der bereits consumirte anspruch compensirt werden kann. dies erklärt sich natürlich, wenn man bedenkt dafs compensiren und einklagen ganz verschiedene begriffe sind, und dafs das gesetz

[1]) z. b. S. C. Macedoniani.

eben nur das einklagen der schon einmal klagbar verfolgten §88. res verbietet. freilich aber haben wir gesehn dafs das erkennen [3]) des richters über die zur compensation gestellte fordrung wie eine actio über dieselbe behandelt wird, und es dürfte unverkennbar sein dafs eventuell, wenn man, wie in der citirten stelle Venulejus, dem beklagten gestattet mittels einer exceptio doli auf den consumirten anspruch sich zu beziehn, hierdurch eine zweite klage über eine res herbeiführt, über die schon geklagt ist. somit dürfte unsre regel hier nicht in voller kraft sich behauptet haben, was übrigens mit dem entwicklungsgange des Römischen rechts wol vereinbar scheint. denn dafs auf billigkeit begründete institute zur zeit der späteren juristen vielfach abschwächend auf die consequenzen des alten strengen rechts einwirkten, ist leicht zu bemerken, ebenso dafs die compensation, der art wie sie hier auftritt, nur auf der aequitas beruhte. dies spricht sich klar in den worten des Gajus aus: »ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur«.

accessorische obligationen. betrachten wir zunächst die adpromissionen. wir haben gesehn dafs bis auf Justinian die klagen wider schuldner und bürgen klagen de eadem re waren, und daher, sobald die eine angestellt wurde, die andre consumirt war. adpromissoren also, die der schuld vor der litiscontestation beigetreten waren, wurden durch diese von der klage ebenso befreit wie der schuldner selber. hatte man sich aber daran gewöhnt auch nach der litiscontestation eine naturalis obligatio als fortbestehend anzunehmen, so lag es nahe für diese, wie für jede andre naturalobligation, die bestellung von bürgen zu gestatten. diese meinung scheint im späteren recht, vornehmlich von der praxis getragen und vertheidigt, durchgedrungen zu sein wider die consequentere ansicht, dafs, gleichviel ob der bürge vor oder nach der litiscontestation sich verpflichtet habe, die klagen wider ihn

[3]) s. oben § 10.

§ 88. und wider den schuldner actiones de eadem re seien, und daher eine die andere consumire. noch Ulpian findet diese neuere auffassung nicht unbedenklich, und glaubt sie durch Julians autorität, sowie durch den gebrauch, der für dieselbe sich entschieden, rechtfertigen zu müssen [4]):

> et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur.

auch Papinian äufsert sich sehr vorsichtig im fr. 50 § 2 de peculio. fast scheint es er behaupte die klage wider den bürgen und die wider den dominus seien in diesem falle nicht actiones de eadem re, indem auf die naturalobligation, für welche der fidejussor verpflichtet sei, die erste klage sich nicht bezogen habe.

das pfandrecht bleibt nach angestellter schuldklage klagbar fortbestehn, was als natürliche folge davon erscheint, dafs die hypothecaria und die crediti actio nie als klagen de eadem re betrachtet werden können. man sehe fr. 27 de pignor. von Marcellus und vergleiche fr. 11 pr. § 1 de pign. act. von Ulpian, sowie fr. 13 § 4 de pignor. von Marcian und c. 8 de pignor. von Gordianus, welche letzten zwei stellen die fortdauer der pfandklage nach dem in der schuldsache ergangenen erkenntnifs bekunden.

viel besprochen ist das fr. 13 quib. mod. pign. solv. von Tryphonin:

> si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset. nam et si a judice, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

die streitfrage, die an diese stelle sich anknüpft, steht nicht in unmittelbarem zusammenhange mit unsern untersuchungen, aber sie liegt denselben so wenig fern, dafs wir sie nicht wohl schweigend übergehn dürfen. das fr. 60 de cond.

---

[4]) fr. 8 § 3 de fidejuss. vergl. hierzu die beilage V B.

ind. verweigert, wie wir gesehn, dem verus debitor nach §22. freisprechendem erkenntnifs die soluti repetitio, dennoch soll, nach Tryphonins entscheidung, das von dem verus debitor bestellte pfand durch solches erkenntnifs frei werden[6]). wie sind beide aussprüche zu vereinigen?

nur die annahme, dafs jeder naturalis obligatio alle wirkungen, die eine naturalobligation überhaupt je äufsern könne, zuzuschreiben seien, und dafs demgemäfs aus dem vorhandensein oder nichtvorhandensein der einzelnen wirkungen auf das dasein oder nichtdasein der naturalis obligatio selbst und aller andern wirkungen derselben zu schliefsen sei, steht einer bequemen vereinigung entgegen. aber jene annahme selber ist unbewiesen, da nirgends bestimmte wirkungen als bedingungen oder als nothwendige folgen einer naturalis obligatio aufgezählt werden. ich leugne nicht dafs thatsächlich den meisten naturalobligationen all diese wirkungen zukommen, wol aber dafs das zusammentreffen der wirkungen aus dem wesen der naturalis obligatio sich ergiebt, und eben darum bei allen naturalobligationen vorauszusetzen ist. einzelne fälle, in denen eine naturalis obligatio nicht alle wirkungen zu äufsern vermag, erkennt auch Savigny an[7]), die zahl derselben dürfte sich leicht vermehren lassen. wir haben gesehn dafs im älteren recht unzweifelhaft für die nach der consumption der klage fortdauernde naturalis obligatio jede adpromission unzulässig war. ebenso müssen wir bei dem in fr. 59 pr. ad S. C. Trebell. von Paulus vorgetragenen falle annehmen dafs, während das pfandrecht trotz dem erlöschen der hauptschuld durch confusion fortbestand, bürgen im gleichen falle befreit worden sein

[6]) über die controverse, ob nach dem freisprechenden erkenntnifs eine naturalobligation als fortbestehend anzuerkennen sei, vergleiche man Savigny Obligationenrecht § 11. eigenthümliche ansichten entwickelt Pfordten, Arch. f. civ. Pr. b. 24 und Dissertatio de obligationis civilis in naturalem transitu.

[7]) Obligationenrecht § 8 folg.

§ 22. würden [8]), da die interpretation, die behauptet dafs wegen des fortbestehens der naturalis obligatio auch das pfandrecht in kraft bleibe, der ganzen darstellung des Paulus, und zumal den worten:

> igitur non tantum retentio sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur; remanet ergo propter pignus naturalis obligatio [9]),

direct widerspricht. ebenso aber mufs man anerkennen dafs nach der freisprechung des schuldners zwar eine naturalis obligatio fortbesteht, die das solutum repetere ausschliefst, dennoch aber das pfand stets befreit wird. Savignys erklärung [10]) des fr. 13 cit. von Tryphonin kann ich nicht beitreten, weil die actio hypothecaria und die crediti actio, wegen verschiedenheit der causa petendi so wie der objecte, als klagen de eadem re nicht wohl gelten konnten und nicht galten, daher, wie wir auch aus den bereits angeführten stellen ersehn, die exceptio rei judicatae wegen des in der einen klage ergangenen erkenntnisses wider die andre ebensowenig gegeben wurde, als die exceptio rei in judicium deductae nach der litiscontestation. aufserdem können Tryphonins worte »pignus liberatur« ohne willkürliche einschränkung nur von völliger befreiung des pfandes verstanden werden, und dem creditor pignoraticius ist demnach die hypothecaria actio wider jeden beklagten ebenso abzusprechen, wie er, falls er das pfand besäfse, zur herausgabe desselben an den schuldner gehalten wäre.

dafs durch constitutum oder durch novation die nach der klagenconsumption fortdauernde naturalis obligatio wieder in eine klagbare fordrung verwandelt werden konnte, dürfte zwar durch directe quellenzeugnisse nicht zu belegen, aber

---

[8]) fr. 21 § 3 de fidej. von African, fr. 50 eod. von Papinian, fr. 71 eod. von Paulus.

[9]) die emendation »remanet ergo propter naturalem obligationem pignus« dürfte wenig billigung finden.

[10]) System V § 250 n. g.

nach der analogie andrer naturalobligationen unbedenklich anzunehmen sein. der act des constituirens, respective des novirens, konnte selber nicht als actio über die betreffende res angesehn werden. die klage aus dem constitutum galt, wenigstens nach der im neuern rechte gebilligten auffassung, verglichen mit der klage aus der principalen schuld als actio de alia re[11]). die klagen aus der novirten und aus der durch die novation begründeten obligation sind wol nie als actiones de eadem re angesehn worden, da die novation stets neues zu schaffen bestimmt war. §22.

an mehren stellen wird ausdrücklich hervorgehoben dafs auch der zinslauf durch die litiscontestation nicht unterbrochen werde, man sehe fr. 35 de usuris von Paulus, fr. 90 de verb. obl. von Pomponius, c. 1 de judiciis von Severus. auch dies beweist die fortdauer einer naturalobligation nach der klaganstellung, da für eine wirkliche nichtschuld auch keine zinsen geschuldet werden können.

wenn Wächter[12]), trotz den einzelnen durch die quellen erwiesenen wirkungen der nach der klagenconsumption gültig fortbestehenden natürlichen verbindlichkeit, die existenz einer solchen in frage zu ziehn sucht, so scheint der von ihm angeregte streit allein darum sich zu drehn, ob man eine klaglose obligation, die zur soluti retentio und zur compensation berechtigte, und für welche bürgen und pfänder bestellt und zinsen eingefordert werden konnten, naturalis obligatio genannt habe oder nicht. aber auch dies konnte so wenig nach dem allgemeinen sprachgebrauch als nach den speciellen von Julian und Paulus, Papinian und Scaevola gebrauchten ausdrücken[13]) zweifelhaft sein. Wächter leugnet die fortdauer der naturalis obligatio, weil durch die litiscontestation bürgen und correi frei werden, und wegen der aussprüche

[11]) fr. 18 § 3 de pec. const.

[12]) Erörterungen b. III s. 27 f.

[13]) man sehe fr. 60 de cond. ind., fr. 50 § 2 de peculio und vergleiche fr. 60 de fidej.

§ 22. von Javolen[14]), »tota solvitur obligatio«, und von Gajus[15]), »tollitur« und »dissolvitur obligatio«. warum die litiscontestation bürgen und correalschuldner befreite, ist bereits zur genüge ausgeführt worden. aus den worten des Gajus und Javolen aber können wir, da über das vorhandensein der einzelnen wirkungen der naturalobligation zu ihrer zeit kein streit ist, nur das eine lernen, dafs die Römer von einem »tollere« und »dissolvere obligationem« sprachen, auch wo die befugnifs zur retention des gezahlten, zur compensation u. s. w. bestehn blieb. nicht minder bestimmt sagt Gajus[16]):

> nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est obligatio nascitur,

und wollte doch sicher die möglichkeit einer naturalis obligatio zwischen vater und sohn nicht in abrede stellen.

wenn übrigens Wächter[17]) die zulassung der soluti retentio und der compensation, sowie das fortbestehn der accessionen nach der litiscontestation für milderungen der processualischen consumption, die im laufe der zeit sich herausgebildet, ausgiebt, so ist dies eine unbewiesene willkürliche behauptung, da er nichts anführt, was die annahme stärkerer wirkungen der processualischen consumption in älterer zeit rechtfertigte[18]). Wächters glaube an eine wirklich novirende litiscontestation beruht allein auf der darstellung des Gajus, aber die stellen, welche die fortdauer der naturalis obligatio darthun, rühren zum theil von noch älteren juristen, z. b. von Julian her. und wollte man auch zugeben dafs die pro-

[14]) fr. 2 de duob. reis.

[15]) fr. III 180.

[16]) IIII 78.

[17]) a. a. o. s. 22 folg.

[18]) es versteht sich dafs, solange überhaupt keine fordrung compensirt wurde, auch die betreffende naturalis obligatio, die nach der litiscontestation fortdauerte, nicht mittels compensation durchgeführt werden konnte. gestattete man nun dies im späteren recht, so lag hierin sicher keine abschwächung der consumption, sondern nur ein erweitern der wirkungen der naturalobligationen überhaupt.

cessualische consumption in angegebener weise abgeschwächt §22.
worden, so läge dennoch hierin nichts, was die annahme des fortbestehens einer naturalis obligatio, nachdem eben, wie zu Gajus zeit, jene milderungen allgemein anerkannt worden waren, ausschlösse.

während, wie wir bisher gesehn, die wirkungen der processualischen consumption mit der litiscontestation hervortreten, knüpfen andrerseits an denselben processabschnitt neue schuldverhältnisse ihre entstehung an. bei der litiscontestation wird im formularprocefs der regel nach der richter angewiesen unter bestimmten voraussetzungen den beklagten zu condemniren. erkennt der richter die von dem praetor in der formel näher bezeichneten bedingungen als vorhanden an, so verurtheilt er; aus der verurtheilung erwächst die actio judicati. da aber der richter nicht aus eigner macht, sondern gerade in folge des ihm vom praetor gewordenen auftrags verurtheilt, so ist auch die actio judicati als folge der verurtheilung auf jenen auftrag zurückzuführen. die obligation, die mit der judicati actio zu realisiren ist, wird mit der litiscontestation begründet, aber sie ist abhängig von einer bedingung, über deren existenz das erkenntnifs entscheidet.

stellen, in denen die anschauung, dafs die judicati obligatio als product der litiscontestation des »judicium acceptum« zu betrachten sei, hervortritt, sind namentlich folgende:

fr. 3 § 11 de peculio (Ulpianus l. 29 ad. ed.): idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri. quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde non orginem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.

fr. 2 § 8 de her. vend. (Ulpianus l. 49 ad Sab.): non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit praestari

§ 22. emptori debere. itaque etsi fidejussorem acceperit ab hereditario debitore, ipsam hanc actionem, quam habet heres, praestare emptori debebit; sed et si novaverit vel in judicium deduxerit actionem, praestare debebit hanc ipsam actionem, quam nactus est.

ebenso ist in dem schon berührten fr. 8 § 3 de fidejussoribus die civilis obligatio, die »post litem contestatem subest«, die judicati actio von der Ulpian gleich nachher spricht. auch fr. 37 de nox. act. von Tryphonin [19]) dürfte hierherzuziehn sein.

doch aber kann es nicht auffallen, dafs sich aussprüche finden, welche die existenz der judicati actio in den augenblick des erkenntnisses zu setzen scheinen, weil erst mit diesem über die wirksamkeit der obligation entschieden wird, und die klagbarkeit der actio beginnt. so sagt Ulpian im fr. 35 de nox. act.:

> si condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet; tenet enim condemnatio.

im fr. 9 § 8 de peculio:

> si de peculio conventus dominus condemnatus est .... coepit enim dominus vel pater judicati teneri.

im fr. 4 § 7 de re jud.:

> ea obligatione liberatus est, quae ex causa judicati descendit.

ebenso Paulus, der den Julian citirt, im fr. 37 § 6 de op. lib.:

> si jam operarum nomine condemnatus est, non potest liberari, quoniam jam pecuniam debere coepit.

und Marcian im fr. 16 § 6 de pignoribus:

> semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi.

es lag sehr nahe dieses transire der ursprünglichen causa in die aus dem judicium erwachsende neue obligation einer

[19]) vergl. darüber auch die zweite beilage.

novation zu vergleichen, und so finden wir denn auch no- §22.
vation und litiscontestation oder annahme des judicium vielfach zusammengestellt. man betrachte fr. 31 § 1 de novat. von Venulejus, fr. 22 de adm. tut. und aufser dem bereits citirten fr. 2 § 8 de her. vend. fr. 11 § 1 de novat. von Ulpian. Justinian[26]) sagt geradezu: »novatur judicati actione prior contractus«, und es ist nicht unmöglich dafs diesem ausdruck alter sprachgebrauch zu grunde gelegen, den auch die Vaticana fragmenta § 263 anzudeuten scheinen: »si inchoatis litibus actiones novavit«. vorsichtiger drückt sich Scaevola im fr. 60 de fidej. aus: »cum vero genere novationis obligatio transeat«. wie aber auch der sprachgebrauch gewesen sein mag, fest steht dafs die Römischen juristen weit entfernt waren die sehr verschiedenen begriffe einer contractlichen novation und des im moment der litiscontestation eintretenden erlöschens der klagbarkeit früher klagbarer ansprüche, aus deren gerichtlicher verfolgung die actio judicati entspringt, mit einander zu verwirren, und eine wirkliche novation als im judicium enthalten anzunehmen. sehr deutlich äufsert sich Paulus:

> fr. 26 § 2 de jurejurando: jurisjurandi condicio ex numero potest esse videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habet et instar judicii.

mehrfach werden die einzelnen unterschiede des bestimmtesten hervorgehoben, so von Paulus fr. 29 de novat. und von Ulpian fr. 11 pr. § 1 de pign. act.; man vergleiche c. un. etiam ob chir. von Gordian. vielleicht sind herzuziehn auch fr. 35 de usuris, fr. 18 de novat., fr. 86 und fr. 87 de reg. juris von Paulus.

das übergehn des ursprünglichen anspruchs in die judicati actio schildert auch Gajus (III 180). er gebraucht hier den ausdruck novatio nicht, doch geht aus seiner anordnung

---

[26]) c. 3 pr. de usuris rei judicatae.

§ 22. hervor[21]), dafs auch er die ähnlichkeit der wirkungen der litiscontestation und der novation nicht übersah. dadurch aber unterscheidet sich des Gajus darstellung von der der übrigen juristen, dafs er, nach mafsgabe eines alten rechtssprichworts, drei verschiedne in der zeit einander folgende verbindlichkeiten hervorhebt, und daher auch einen zweimaligen übergang einer verbindlichkeit in eine andre anzunehmen scheint.

zwischen der ursprünglichen obligation und der judicatsschuld soll eine durch die litiscontestation begründete auf ein »condemnari oportere« gerichtete verpflichtung des beklagten stehn. eine wirkliche obligatio »condemnari oportere« kann nicht wohl je bestanden haben. die von dem verpflichteten bei solcher obligation vorzunehmende leistung müfste in einem »condemnari« bestehn, zu jeder zeit aber stand es dem beklagten frei die condemnation durch seinen gegenbeweis abzuwenden. überdies war, seitdem man die zulässigkeit einer verurtheilung in eremodicio anerkannt hatte, keinerlei mitwirkung des beklagten zur herbeiführung des erkenntnisses erforderlich sobald lis contestirt war. endlich ist es undenkbar dafs diese behauptete obligatio »condemnari oportere« je selbständig klagbar gewesen, und wir hätten somit eine ausschliefslich auf eigenthümlichkeiten des civilrechts beruhende obligatio, die dennoch nie eine civilis obligatio gewesen wäre.

daher wenn man von einem »condemnari oportere« des beklagten nach der litis contestation sprach, so benutzte man diesen ausdruck bildlich[22]); und es fragt sich wie wir denselben auszulegen haben. Gajus sagt über die vermittelnde verbindlichkeit:

> incipit teneri reus litis contestatione, sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri.

[21]) vergl. III 176 seq.

[22]) dies ist im allgemeinen auch Kellers ansicht, vergl. die schon angeführte Recension und Civ. Pr. § 60.

nun liegt aber, so viel wir wissen, in dem erkenntnifs §23.
nichts, was die litiscontestation selber aufhöbe, wol aber hören mit dem erkenntnisse alle wirkungen der litiscontestation auf, welche wesentlich den zweck haben das erkenntnifs selber herbeizuführen und zu sichern. es scheint dafs im älteren rechte ein wirkliches erkenntnifs herbeizuführen auch gewisse handlungen des beklagten, zum wenigsten die gegenwart desselben in judicio erforderlich waren.

ein litem addicere wider den absens zu gunsten des gegenwärtigen klägers dürfte auch den ältesten zeiten bekannt gewesen sein[23]), doch wurde solches verfahren wol nicht als wirkliches erkenntnifs betrachtet. noch Paulus sagt:

sent. rec. V 5a § 6.: ea, quae altera parte absente decernuntur, vim rerum judicatarum non obtinent.

und:

fr. 47 pr. de re jud.: de unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet; aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet.

ähnlich Julian:

fr. 60 eod.: quaesitum est cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset, et judex absente eo pronuntiasset, an jure videretur pronuntiasse ..... igitur si rei judicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur judicata.

geht aus der letzten stelle unzweifelhaft hervor dafs Julian in gewissen fällen auch in abwesenheit des beklagten ein gültiges erkenntnifs annahm, und ist für Paulus zeit die zulässigkeit der eremodicien nicht in zweifel zu ziehn, so scheinen doch in diesen aussprüchen nachklänge eines älteren rechtszustandes, der die gegenwart aller betheiligten bei dem erkenntnifs forderte, nicht verkannt werden zu können. es ist wohl zu beachten dafs wie in jure so auch in judicio der be-

---

[23]) vergl. Gellius XVII 2, Cicero in Verrem III, 41 (17) und dazu Keller Civ. Pr. § 66.

§ 22. klagte zu einem gewissen »defendere« verpflichtet war[24]). die lex Rubria spricht wiederholt von dem »judicio uti oportet se defendere«, ebenso war die wirksamkeit der clausel de re defendenda bei der stipulatio judicatum solvi gewifs nicht auf das verfahren in jure zu beschränken.

Ulpian im fr. 8 § 3 de fidejuss. handelt von der annahme von fidejussoren nach der litiscontestation für die litis exercitatio, und giebt diesen nach dem erkenntnifs eine exceptio; diese litis exercitatio fällt also in die zwischenzeit von der litiscontestation bis zum erkenntnifs.

nehmen wir daher an, dafs auch bei dem verfahren in judicio dem beklagten gewisse processualische verbindlichkeiten obgelegen, so liegt es nahe, diese verbindlichkeiten mit dem von Gajus berührten »condemnari oportere« in verbindung zu bringen. die verpflichtung zum »defendere« überhaupt war freilich nicht erst durch die litiscontestation begründet worden, wol aber konnte man gerade das »defendere in judicio«, dessen nächste bestimmung war eine regelrechte condemnatio möglich zu machen, als ausflufs derjenigen processualischen handlung auffassen, von der überhaupt das verfahren in judicio seinen anfang nahm. die durch »condemnari oportere« bezeichnete verpflichtung darauf zu beschränken, dafs der beklagte eine wirkliche condemnation nicht etwa durch abwesenheit unmöglich machen dürfe, kann nicht als gezwungene interpretation erscheinen.

stellen wir nun die sämmtlichen vorhandnes zerstörenden und neues begründenden wirkungen eines processes zusammen. zweimal darf über dieselbe sache nicht geklagt werden. mit angestellter klage, also mit der litiscontestation, verliert der betreffende anspruch seine klagbarkeit; soweit er ohne klage zu wirken vermag, dauert er fort. mit der litiscontestation aber entstehen zwei neue verbindlichkeiten, die eine klagbar aber bedingt, nach eintritt der bedingung, der con-

[24]) vergl. hierüber Keller Civ. Pr. § 65.

demnation, durch die judicati actio zu erzwingen, die andre §22.
klaglos, kaum irgendwo als obligatio genannt, gerichtet auf eine thätigkeit des beklagten während des processes, und deshalb gleich von der litiscontestation an wirksam, aber nur bis zu dem erkenntnifs fortbestehend. wer nur den untergang der ursprünglichen klage und die existenz der judicati actio, unzweifelhaft die beiden wichtigsten wirkungen des processes, in das auge fafste, mochte das judicium, wie bereits darauf hingewiesen, wol einer novation vergleichen, und dieselbe bald in den augenblick des judicium acceptum, in dem die judicati obligatio contrahirt wird, bald in den des erkenntnisses, der über die existenz dieser obligation entscheidet, verlegen. zog man aber auch jene verbindlichkeit zum »judicio uti oportet defendere« mit in betracht, so konnte man wol sagen, die ursprüngliche verbindlichkeit, das »dare oportere« dauere nur bis zur litiscontestation, mit dieser beginne das »condemnari oportere«, der beklagte müsse alles thun was seinerseits erforderlich ein gültiges erkenntnifs zu erwirken, mit dem erkenntnifs wieder höre auch diese verbindlichkeit auf, der beklagte habe jetzt nur zu leisten wozu er verurtheilt werde, »judicatum facere oportere«[35]). Gajus paraphrasirt das hieraus gebildete sprichwort. mit der litiscontestation höre die obligatio auf, aber nur bei dem judi-

[35]) bei der regel »ante litem contestatam etc.« blieb also ebenso das fortbestehn der naturalis obligatio nach der litiscontestation, wie die begründung der judicati actio durch die litiscontestation unbeachtet. dies kann wenig auffallen, denn die praktiker, in deren munde die regel entstand, wollten sicher keine formel aufstellen, die das wesen dieser rechtsverhältnisse erschöpfte, sondern das, was äufserlich zum vorschein kam, treffend bezeichnen. die die litiscontestation überdauernde naturalobligation konnte schwebendes processes nur in ausnahmsfällen wirksam werden. noch leichter erklärt sich dafs man das vorhandensein einer bedingten obligation vor dem eintritt der bedingung nicht berücksichtigte, und inzwischen nur mit der verbindlichkeit, die auf herbeiführung des die bedingung entscheidenden urtheils gerichtet war, sich beschäftigte.

§ 98. cium legitimum, denn nur hier werde die ursprüngliche obligation aufgehoben; eine neue verbindlichkeit entspringe aus der litiscontestation; bei dem erkenntnifs höre auch diese auf und der verurtheilte hafte jetzt ex causa judicati. dies sei der sinn der alten regel. wie die ausdrücke »tollitur« und »dissolvitur obligatio« in Gajus munde zu verstehn, ist bereits entwickelt worden. dafs Gajus diese wirkungen auf die judicia legitima beschränkt, wo denn wol die formula in jus concepta hinzuzudenken ist, erklärt sich daraus, dafs sie allein als actiones galten, bei ihnen allein also unsre rechtsregel selber wirkte, während die consumirende kraft aller andern klagen nicht auf dem gesetz, sondern auf des praetors willen beruhte, und bei diesen also nach dem gesetz, ipso jure, die obligation, d. h. die civilis obligatio nach der litiscontestation fortbestand. darum also kann das im judicium legitimum eingeklagte debitum ipso jure nicht nochmals eingeklagt werden, weil die intentio »dari mihi oportere« ihre geltung verloren, weil eben mit der litiscontestation das »dari oportere« aufgehört hat. dies aufhören selber aber ist die nothwendige folge unserer regel, dafs »bis de eadem re agere non licet« und davon, dafs das judicium legitimum eine actio ist; wie dies bereits im vorigen paragraphen näher ausgeführt worden. es erhellt also, dafs wie das berührte alte rechtssprichwort, so die auslegung desselben von Gajus mit der hier vertheidigten consumptionstheorie wohl vereinbar sind.

auch hier stehe ich im widerspruch mit den ansichten, die neuere juristen ausgesprochen haben. nur den vortheil habe ich, dafs meine gegner auch unter einander nicht einerlei meinung sind. Keller, dessen forschungen alle andern an selbständigkeit und gründlichkeit überragen, nimmt noch jetzt [26]) eine zwiefache novation durch die litiscontestation und durch das erkenntnifs an, auf welche er die processualische consumption im classischen Römischen rechte be-

[26]) vergl. Civ. Pr. § 60 u. 71 mit Lit. Cont. § 8 folg. und § 24 f.

gründet. viele andre, ich nenne als repräsentanten Wächter[27]), nehmen nur eine novation durch die litiscontestation an; durch diese soll die ursprüngliche obligation consumirt, und an ihre stelle eine bedingte obligation auf geld gesetzt werden, welche durch das condemnatorische urtheil purificirt wird. an beweis ist diese neuere meinung ärmer als die von Keller vertheidigte, da sie auf die darstellung von Gajus (III 180) nicht zu bauen vermag. entweder Gajus handelt von zwei novationen, oder er handelt von keiner; jede andre interpretation ist unzulässig. die behauptung, dafs Gajus eine in der litiscontestation enthaltene novation anerkenne und die novation durch das urtheil leugne, ist nicht minder willkürlich, als wollten wir umgekehrt aufstellen, Gajus habe eine novation durch das urtheil, keine durch die litiscontestation vorausgesetzt. §22.

der annahme einer zweiten im urtheil enthaltenen novation aber widerspricht direct Ulpian im fr. 8 § 3 de fidejussoribus. sind nach der litiscontestation bürgen bestellt für die tota causa, so haften sie auch nach dem urtheil; nicht ipso jure noch per exceptionem wird ihnen geholfen. vergleichen wir diesen ausspruch mit den worten Scaevolas im fr. 60 eod., so sehen wir dafs im urtheil auch kein »genere novationis transire« einer obligation in eine andere enthalten war.

Kellers meinung beruht allein auf Gajus III 180. alle andern quellenzeugnisse, die die processualischen umbildungen einer novation gleichordnen, sprechen zum theil ausdrücklich von nur einem übergange; so vor allen Marcian im bereits citirten fr. 16 § 6 de pignor., dessen worte mit der annahme zweier novationen unverträglich erscheinen. wider Keller gelten aber auch alle die gründe, welche die annahme eines novationsprincips überhaupt untersagen. der annahme

[27]) Erörterungen III s. 47 folg. vergl. auch Savigny System VI § 258.

§ 88. einer wirklichen durch die litiscontestation bewirkten novation widerstreitet zunächst die fortdauer der naturalis obligatio. schon im vorigen paragraphen ist darauf hingewiesen, dafs auch die civilis obligatio, das »dari oportere« in gewisser beziehung über die litiscontestation hinaus fortbesteht. nahm der richter ein »dari oportere« noch als vorhanden an, so konnte dies nicht novirt worden sein, da eine novation nur dann anzunehmen,

> cum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur [18]).

gleiches ergiebt sich aus folgendem. es sind oben im § 3 diejenigen stellen zusammengestellt worden, welche die geltung der regel »bis de eadem re ne sit actio« im formularproceſs und zur zeit der legisactionen erweisen. nach der ganzen art der Römischen rechtsbildung erscheint es geradezu unmöglich, dafs neben dieser regel eine andre frei und unabhängig bestanden haben sollte, welche die novation eingeklagter obligationen durch die litiscontestation, oder auch doppelte novation, durch litiscontestation und durch erkenntniſs, verordnete. von zwei in ihren wirkungen so nah verwandte regeln müfste nothwendig die eine ausfluſs der andern gewesen sein. giebt man mir zu dafs die angenommenen novationen wirkungen unserer regel seien, so habe ich hiergegen nichts einzuwenden, nur darf man in diesem falle nicht weitere wirkungen annehmen, als sich aus der regel erklären lassen, und könnte mithin den eintritt der novationen nicht in andrer weise behaupten wollen, als ich denselben oben anerkannt habe. umgekehrt aber mufs man den versuch, unsre regel als product irgend eines novationsprincipes darzustellen, aufgeben, da sich die wirkungen der regel und überhaupt die erscheinungen der processualischen consumption aus einem solchen principe nicht rechtfertigen lassen.

---

[18]) fr. 1 pr. de novat. von Ulpian.

dafs durch eine klage ansprüche des beklagten consu- §98.
mirt werden, ist aus keinem novationsprincip zu erklären. so unzweifelhaft mir hier der eintritt der consumption ist, will ich diesen fall nicht urgiren, da meine gegner gerade hier die wirkungen der consumption leugnen dürften. aber betrachten wir folgenden fall. Agerius ist wirklich gläubiger; Numerius wird freigesprochen, weil ihn eine exceptio cognitoria, oder eine ähnliche dilatorische einrede schützt. dafs Agerius nicht zum zweiten male klagen kann ist zweifellos; ebenso, dafs die abweisung der zweiten klage nicht aus dem materiellen inhalt des ersten erkenntnisses herzuleiten ist. aber auch aus einer novation ist eben jenes resultat nicht zu erklären, denn ein rechtsact, der an stelle einer obligation gar nichts, keine verbindlichkeit setzt, mag sein was er will, eine novation ist er nicht. diese betrachtung spricht ganz in gleicher weise wider Keller wie gegen Wächter. jener mag in diesem falle die erste novation als eingetreten betrachten und eine gültige obligatio »condemnari oportere« aus dem »dari oportere« hervorgehn lassen, eben dies »condemnari oportere« kann nicht als durch novation getilgt betrachtet werden, da keinerlei novum an die stelle desselben tritt. Wächter aber mufs aus gleichem grunde zugeben, dafs hier das »dari oportere« selber nicht durch novation erlischt. Keller und Wächter also müfsten in diesem falle, um bei den aufgestellten principien zu beharren, dem urtheil noch aufser den wirkungen des novationsprincips, und abgesehn von der fiction der wahrheit des erkenntnisses, eine selbständige perimirende kraft zuschreiben.

auch der vielbesprochene fall, wo mit einer actio incerta geklagt ist, dem kläger nur die fälligen ansprüche aus einem geschäft zugesprochen, dennoch aber alle ansprüche consumirt sind, läfst sich aus einem novationsprincip nicht erklären. denn Papinian [99]) sagt:

[99]) fr. 4 § 1 de usuris.

§ 93. id quod non transfertur in causam novationis jure pristino peti potest.

was hier dem kläger zuerkannt wird, tritt an stelle der fälligen ansprüche, hätte er diese allein eingeklagt, er würde nicht weniger erhalten; an stelle der nichtfälligen ansprüche tritt auch hier nichts neues, unmöglich also können sie als »in causam novationis translatae« betrachtet werden, und müfsten, wirkte procefs wirklich einer novation gleich, nach Papinians regel klagbar bleiben.

umgekehrt tritt die nichtnovirende wirkung des urtheils und überhaupt des processes auch da hervor, wo kein »dari oportere« vorhanden ist und der richter irrthümlich verurtheilt. eine actio judicati entsteht hier so gut als wo das erkenntnifs mit dem materiellen recht übereinstimmt, eine novation aber, wenn der neuen obligation keine alte zu grunde lag, kannten die Römer nicht.

noch weniger als im formularprocesse läfst sich bei den legisactionen die annahme eines novationsprincips rechtfertigen; wo der judex rem ipsam condemnat, wie äufsert sich da die novation?[30]).

fassen wir die vorstehenden betrachtungen kurz zusammen. wir sehen dafs der procefs auf vorhandne ansprüche consumirend einwirkt, ebenso aber auch neue fordrungen zu begründen vermag. wo beide wirkungen zusammentreffen, erscheinen sie einer novation ähnlich, umsomehr als für beide derselbe procefsabschnitt, die litiscontestation, mafsgebend ist. dennoch ist der litiscontestation die kraft einer novation abzusprechen, weil die mit derselben zur erscheinung kommenden negativen und positiven wirkungen völlig unabhängig von einander eintreten, und, auch wo sie einander entsprechen, keine völlige aufhebung des alten anspruchs statt findet.

noch eins ist hier zu bemerken. da überall die litis-

---

[30]) die regel »ante litem contestatam et c.« scheint auch nur auf den procefs mit pecuniärer condemnation zu passen.

contestation einer novation nicht gleich sondern nur ähnlich § 23.
zu wirken vermag, so ist kein grund vorhanden diese art der wirkung auf gewisse gattungen von klagen zu beschränken. auch sehn wir in allen stellen, wo litiscontestation und novation von alten juristen verglichen werden, keinen unterschied zwischen den verschiedenen arten der klagen hervorgehoben. freilich fand der unterschied zwischen den judicia legitima [30]) mit formula in jus concepta und allen andern klagen statt, dafs bei jenen die consumption unmittelbar in folge unserer rechtsregel eintrat, während diesen die wirkungen der alten actionen nur durch das gebot des praetors beigelegt wurden; aber wirklicher novation standen darum die einen nicht näher als die anderen, und Scaevolas [31]) ausspruch:

> cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum,

ist offenbar auf beide klagarten zu beziehn.

§ 24. Milderungen der consumption.

Dafs die processualische consumption auch in der ent- § 24.
wickelten gestalt, die wir vornehmlich betrachtet haben, zu härten führen konnte, ist nicht zu verkennen. überall, wo ein berechtigter klagt, und entweder keine condemnation erfolgt, oder doch die condemnation weniger als den eingeklagten anspruch umfafst, trifft den kläger nach rechtlicher consequenz schaden. doch ist bekannt wie die praetoren vielfach bemüht waren billigkeitsrücksichten wider das strenge recht durchzuführen. dies bestreben zeigt sich auch hier, übrigens im allgemeinen an dieselben bedingungen geknüpft, die seine wirksamkeit auch sonst regeln. dem verletzen wird nur dann geholfen, wenn, abgesehn von seinem schaden,

[30]) vergl. Gajus III 180—81.
[31]) fr. 60 de fidejussoribus.

§24. eine justa causa der ertheilung praetorischer hülfe zu grunde liegt [1]). die rechtsmittel, die hier zur anwendung kamen, waren verschieden. welche im speciellen falle mit einander concurrirten, und warum man das eine dem andern vorzog, dürfte nicht immer zu erkennen sein, doch scheint es dafs man mehr auf die umstände, welche die consumption im betreffenden falle herbeigeführt, als auf die natur der consumirten klage sah [2]).

wir wenden uns zur betrachtung der einzelnen stellen, die diese abschwächungen der consumption behandeln, und zwar zunächst zu den fällen, wo keine condemnation statt findet.

hat der kläger die abweisung seiner klage selbst verschuldet, so wird ihm der regel nach nicht geholfen, z. b. wenn er sich einer pluris petitio [3]) schuldig gemacht hat. nur in ausnahmsfällen, vornehmlich wol minderjährigen [4]), ward auch hier eine in integrum restitutio gewährt. ebenso ist anzunehmen dafs wenn während der zeit, wo eine exceptio dilatoria begründet war [5]), geklagt worden, oder wenn der proceſs verjährt war [6]), nur in seltensten fällen dem kläger eine neue klage bewilligt wurde.

geholfen aber wird dem kläger wenn das nichterfolgen der condemnation durch dolus des beklagten herbeigeführt ist. im fr. 7 § 9 de dolo malo behandelt Ulpian einen fall, wo durch collusion mit dem procurator des klägers der beklagte freigesprochen war, und entscheidet dafs die doli actio wider diesen beklagten [7]) begründet sei, falls derselbe nicht eine translatio der alten klage mit der exceptio »si

[1]) vergl. Savigny System VII § 318, § 320.

[2]) andrer meinung Keller Lit. Cont. s. 534.

[3]) Gajus 53; § 33 Inst. de act.

[4]) vergl. Gajus IIII 57.

[5]) Gajus IIII 123. § 10 Inst. de except.

[6]) vergl. fr. 18 § 4 de dolo m. s. oben s. 26 u. 27.

[7]) dafs der reus im betreffenden fall überhaupt nur in subsidium haftet, nämlich wenn der procurator insolvent, ist für uns hier nicht von wichtigkeit.

collusum est« vorziehn sollte. die entscheidung ist auch darum interessant, weil sie, trotz dem allgemeinen ausspruch von Gajus (IIII 119), uns das beispiel einer positiv gefafsten exception giebt; denn »si collusum non est«, soll der beklagte absolvirt werden. man möchte einwenden, Ulpian gebrauche hier das wort »exceptio« nicht im gewöhnlichen, sondern in weiterem sinne; doch passen die bereits besprochenen allgemeinen definitionen der Römischen juristen*) auch auf diesen gebrauch. § 14.

dem erfolge nach steht einer solchen translatio judicii das andre mittel sehr nahe, dafs dem kläger eine zweite klage de eadem re ertheilt, und wider die unvermeidliche exceptio rei judicatae eine replicatio doli gegeben wird. hiervon handelt Paulus im fr. 25 de dolo malo. wo ähnliche hülfe nicht angebracht erschien, gab der praetor eine actio de dolo wider den schuldigen. man vergleiche aufser den eben angezogenen stellen fr. 18 § 4 de dolo malo von Paulus, fr. 13 § 1 eod. von Ulpian und fr. 14 eod. sowie fr. 20 § 1 eod. von Paulus.

endlich fand wegen dolus auch eine in integrum restitutio statt, wie aus fr. 33 de re judicata, fr. 45 § 1 de minoribus von Callistratus, und aus fr. 1 § 6 — fr. 6 quod falso tutore von Ulpian und von Paulus sich ergiebt.

auch wegen irrthums konnte hier die restitution gewährt werden; fälle der art bespricht Ulpian im fr. 13 pr. de inst. act., im fr. 2 und fr. 11 pr. de exc. rei jud. meist auf Julian sich berufend, Julian selber im fr. 15 de obl. et act. doch war man wenig geneigt, diesem rechtsmittel ungebührliche ausdehnung zu geben, wie aus fr. 1 § 10 quando de pec. a. a. erhellt.

wir kommen nun zu den fällen, wo zwar eine condemnation statt findet, diese aber den eingeklagten fordrungen nicht entspricht. dies kann folge eines fehlers der ersten

*) s. oben § 8 s. 92.

§ 84. formeltheile sein, die als res de qua agitur umfänglichere ansprüche bezeichnen als zur zeit klagbar sind, es kann aber auch durch die fehlerhafte fassung der condemnatio herbeigeführt werden, die im verhältnifs zu den vorangehenden formeltheilen zu eng gefafst ist. jener fall ist bereits oben ausführlich erläutert worden [9]). wir sehn aus den dort besprochenen stellen von Cicero und von Gajus, dafs durch restitution der regel nach nicht geholfen wurde. betreffs zu kleiner condemnatio lehrt Gajus [10]) ausdrücklich:

> nec ex ea parte praetor in integrum restituit; facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam hujus aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.

der kläger kann aber auch dadurch zu schaden kommen, dafs ansprüche, die nach mafsgabe der formel als eingeklagte res zu betrachten und auch nicht von der condemnatio ausgeschlossen sind, im processe nicht zur sprache gebracht, und eben deshalb auch bei der verurtheilung von dem richter nicht berücksichtigt werden. auch hier wurde dem kläger gewöhnlich nicht geholfen. man betrachte c. 13 de usuris von Antonin, c. 4 de judiciis von Alexander, c. 4 depositi von Gordian.

restituirt dagegen wurden zunächst minores; aufser der citirten stelle von Gajus vergleiche man fr. 20 § 1 de tut. et rat. distr. von Papinian, fr. 25 de adm. et per. tut. von Ulpian, c. 1 si adv. rem jud. von Alexander.

ist die verurtheilung auf weniger durch dolus des vormunds herbeigeführt, so kann von neuem wider denselben geklagt werden, und der exceptio rei judicatae tritt eine replicatio doli entgegen; fr. 46 § 5 de adm. et per. tut. von Paulus, c. 2 de judiciis [11]) von Sever und Antonin.

---

[9]) man sehe oben § 7.

[10]) IIII 57.

[11]) dafs in dem dieser stelle zu grunde liegenden falle »ipso jure actio tutelae sublata non est« dürfte nicht mit Keller (Lit. Cont. § 61)

auch in dem im fr. 4 § 5 quod cum eo qui in al. pot. von Ulpian, der auf Proculus und Celsus zurückgeht, besprochenen falle scheint der kläger, der »deceptus de peculio egit«, betrogen und nicht blofs in irrthum befangen zu sein. §24.

näher zu betrachten sind hier noch die entscheidungen von fällen, wo wegen mehren gemeinschaftlicher schuld wider einen einzelnen von diesen geklagt worden. wir wissen dafs, wo mehre personen in ein schuldverhältnifs eintreten, gewöhnlich der einzelne pro rata haftet, und dafs ohne specielle verabredung nur bei untheilbaren obligationen von einem jeden die ganze leistung eingeklagt werden kann[12]). auf der hand liegt dafs, während im ersten falle die klage auf den entsprechenden theil wider den einzelnen auf die verpflichtungen der andern ohne einflufs bleibt, bei untheilbaren obligationen die klage wider einen mitschuldner die ansprüche an alle consumirt.

auch in dem erstgedachten falle kann natürlich die ganze leistung, wie von jedem unbetheiligten[13]), so von einem der schuldner, die einwilligung desselben vorausgesetzt, eingeklagt werden. der regelrechte erfolg ist dann, dafs der ganze anspruch consumirt, und der beklagte auf höhe eben des ganzen anspruchs verurtheilt wird. nur wenn dieser beklagte nicht zahlungsfähig ist, kommt der kläger hierbei zu schaden; und hat sich der kläger ohne eigene schuld mit einem insolventen theilschuldner auf die ganze schuldsumme eingelassen, so wird ihm durch rescission des ersten judicium geholfen[14]).

schlechthin aus der sogenannten indirecten consumption zu erklären sein, da diese den von Keller nicht gebührend gewürdigten ausdruck »utilem exceptionem rei judicatae« nicht rechtfertigt; vielmehr wird ein neuer interpret die in der stelle nicht näher bezeichneten specialitäten des falls schärfer zu prüfen haben.

[12]) vergl. oben § 17.

[13]) oben § 11.

[14]) fr. 18 de int. in jure von Julian.

§ 24. besondere erörterung verdienen noch die fälle, wo die peculienklage wider mehre beklagte gerichtet werden kann. von diesen fällen wollen wir zwei hervorheben, die in den pandekten am ausführlichsten besprochen werden, und deren beurtheilung für die betrachtung aller andern mehr oder weniger maſsgebend ist.

der verkäufer eines sklaven blieb vom termin des verkaufs ab der de peculio actio annalis ausgesetzt[15]). während derselben zeit konnte der betreffende gläubiger auch wider den käufer de peculio klagen[16]), doch scheint die zulassung beider klagen neben einander anfangs widerspruch gefunden zu haben[17]). über das verhältniſs beider klagen zu einander urtheilte Proculus[18]), daſs der gläubiger nur entweder den verkäufer oder den käufer belangen dürfe, und daſs, obgleich der beklagte stets nur auf soviel, als der sklave bei ihm peculium habe, verurtheilt werde, dennoch die eine klage die andre consumire. könne der gläubiger von dem erstbelangten nicht das ganze eintreiben, so sei ihm in der art zu helfen, daſs »rescisso superiore judicio« eine neue klage wider den andern verpflichteten gegeben werde. andrer ansicht war Julian[19]). er gestattete dem gläubiger je einen der beiden verhafteten, den käufer oder den verkäufer, »in

---

[15]) fr. 1 pr. quando de pec. a. ann. von Ulpian; vergl. fr. 47 § 4 de pec. von Paulus.

[16]) fr. 27 § 2 de pec. von Gajus; vergl. fr. 11 § 8 eod. und fr. 30 § 5 eod. von Ulpian.

[17]) so sagt Julian: »postquam placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere«, fr. 37 § 2 de pec.

[18]) fr. 47 § 3 de pec.

[19]) fr. 27 § 3 de pec. von Gajus, vergl. auch fr. 37 § 2 eod. von Julian. die nach der jetzigen lesart sinnlose geschichtserzählung in dieser zweiten stelle wird verständlich sobald man die worte »cum Titio aut« im anfang der stelle, wohin sie durch abschreiberversehn gerathen, streicht. etwa zwei zeilen später folgen dieselben worte nochmals, hier an ihrem orte; offenbar waren diese die veranlassung jenes fehlerhaften emblems.

solidum«, d. h. auf das ganze bei beiden befindliche pecu- §24.
lium, zu belangen, oder auch nach belieben wider beide »in partes« zu klagen. obgleich Gajus gerade in bezug auf diese meinung sagt: »illud quoque placuit quod et Julianus probat«, so scheint doch schliefslich die ältere auffassung allein sich behauptet zu haben. Paulus, der den Proculus anführt, fügt hinzu »et hoc jure utimur«, und auch Ulpians entscheidungen [20]) beruhen auf derselben ansicht.

beide widerstreitende meinungen erscheinen mit dem wesen der peculienklage wohl vereinbar. gehn wir davon aus, dafs der regel nach [21]) als maafs der res de qua agitur der betrag des peculium überhaupt, nicht wie viel davon bei dem käufer oder bei dem verkäufer sich befindet, genannt wurde, so mufste die eingeklagte fordrung bis zum betrage des ganzen peculium consumirt werden, gleichviel wider wen geklagt war. dafs dennoch käufer und verkäufer nur auf soviel verurtheilt werden sollten, als der sklave gerade bei dem beklagten peculium hatte, kann im allgemeinen nicht auffallen, da auch bei den civilklagen mit intentio incerta vielfach eine incongruenz der consumption und der condemnation sich herausstellte, und erklärt sich aus dem grofsen einflufs, den die aequitas auf die actio de peculio übte: den beklagten in den betrag des peculium, das der sklave bei einem andern hatte oder gehabt hatte, zu verurtheilen, mochte leicht unbillig erscheinen. auch eine theilung der klage verwirft Proculus; er erklärt sie nicht für unmöglich, aber er verbietet sie: »non esse permittendum actori dividere actionem«. in der that konnte eine theilung der klage durch angemessene formelbildung, entsprechende theilung der intention oder vorausschicken einer praescriptio, vermittelt [22]), nicht als unmöglich, wohl aber als unzulässig erscheinen, da sie leicht unnöthige häufung von processen bewirkte.

[20]) vergl. fr. 32 de pec. mit fr. 30 § 5 und fr. 11 § 8 eod.

[21]) man sehe oben § 7 am ende.

[22]) vergl. hierzu s. 75 folg.

§ 94. Julian weicht ab nach zwei seiten. er erlaubt der condemnation den weiteren umfang der eingeklagten res zu geben. billigkeit führt nicht zu festen unwandelbaren regeln. nur auf der aequitas hatte die beschränkung der condemnatio beruht; umgekehrt folgert Julian dafs, da doch käufer und verkäufer haften, es billig sei wie viel peculium bei beiden befindlich bei der verurtheilung in betracht zu ziehn. auch gestattet Julian die theilung der klage, die andre juristen nur im interesse einfacher rechtspflege ausgeschlossen hatten.

für des gläubigers bequemlichkeit hatte Julian bestens gesorgt; aber was so auf einer seite gewonnen ward, ging auf der andern verloren. wurden käufer oder verkäufer auf den betrag des ganzen peculium verurtheilt, so waren regrefsklagen folge hiervon, mithin entging man einer mehrheit von rechtsstreitigkeiten nicht, und überdies konnte die feststellung des peculium, das der sklave bei einem an dem rechtsstreit unmittelbar nicht betheiligten hatte, leicht auf schwierigkeiten stofsen. andrerseits mufste die erlaubnifs zur theilung der klage dahin führen, dafs vorsichtige gläubiger stets beide verpflichtete zugleich in anspruch nahmen, auch wo sie von einem volle befriedigung erlangen konnten. da die bequemlichkeit des gläubigers diese nachtheile nicht überwog, und materieller schaden eventuell durch ertheilung eines utile judicium gehoben werden konnte, so läfst sich begreifen warum spätere juristen wider Julians autorität zum älteren recht zurückkehrten.

nicht ebenso leicht ist die interpretation aller auf den andern hier in betracht kommenden fall bezüglichen fragmente. wo mehre miteigenthümer desselben sklaven sind, die dann, auch wo keine societas verabredet ist, wegen der communio betreffs des sklaven socii heifsen[22]), ist zu unterscheiden, ob das miteigenthum nur auf den sklaven, oder auch auf

[22]) vergl. Keller Lit. Cont. § 63 s. 546 und die dort citirten stellen.

das peculium desselben sich bezieht. in diesem zweiten falle kann bald der sklave bei allen herrn gesonderte peculien haben, bald kann er bei einzelnen derselben kein peculium haben. sollte unter einigen, nicht allen, herrn eine communio hinsichts des peculium bestehn, so mufs natürlich für das verhältnifs dieser untereinander dasselbe gelten, was im ersten falle für alle herrn gilt. §24.

befindet sich auch das peculium »in communione«, so kann wider jeden der herrn »in solidum«, auf den betrag des ganzen peculium geklagt werden, woraus unmittelbar folgt, dafs der beklagte auch sämmtliche fordrungen aller herrn an den sklaven bei der peculienklage in abrechnung bringen darf[24]). sind dagegen die peculien gesondert, so kann jeder herr nur auf dasjenige peculium belangt werden, das der sklave eben bei ihm hat. auch darf hier der herr nur eigne forderungen abrechnen[25]). dafs, wie Keller behauptet, Julian und Gajus andrer ansicht gewesen, folgt nicht aus dem dafür angeführten fr. 27 § 8 de peculio. Gajus sagt, freilich scheinbar allgemein, der gläubiger dürfe »cum quo velit in solidum experire«, denkt aber dennoch offenbar nur an den fall, wo das peculium in communione ist, da er hinzufügt der belangte könne

judicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi.

auch setzt die unterscheidung des peculium, »quod apud eum cum quo agitur is servus haberet«, von dem, »quod apud alterum«, keine »peculia separata« voraus, vielmehr sind jene ausdrücke von den theilen pro indiviso zu verstehn, die dem einen oder dem andern herrn an dem ganzen peculium zustehn. hätte Julian auch bei getrennten peculien wider den einzelnen herrn die klage in solidum gebilligt, so müfste er

[24]) fr. 15 de pec. fr. 11 § 9 eod. von Ulpian, fr. 27 § 8 eod. von Gajus, auch vergleiche man fr. 51 eod. von Scaevola, der lehrt wie ein socius der verurtheilung in solidum sich entziehn kann.

[25]) fr. 15 und fr. 11 § 9 cit.

§ 24. consequenterweise die gleiche klage auch wider den herrn gestatten, der dem sklaven kein peculium eingeräumt; denn ganz wie der herr eines gesonderten peculium hat dieser gegen die andern miteigenthümer betreffs des sklaven die actio communi dividundo, nicht aber betreffs des peculium. da aber Julian die klage wider den herrn bei dem der sklave kein peculium hat verweigert [26]), so müssen wir schliefsen dafs auch bei getrennten peculien er die klage in solidum verweigerte.

in einem falle kann, wenngleich das peculium in communione sich befindet, der einzelne nur auf seinen theil belangt werden. Julian sagt [27]) dafs zwischen mehren erben die de peculio actio und das jus deductionis stets getheilt werde. die absicht, unnütze verwickelungen der erbschaftstheilung zu vermeiden, mag diese entscheidung begründet haben. waren bei allen andern fordrungen alle erben pro rata verhaftet, so durfte es nicht billig erscheinen den gläubigern bei peculiensachen besondere vortheile und bequemlichkeiten zu gewähren.

die besprochenen regeln erscheinen also alle begreiflich und die dafür angezogenen belegstellen meist verständlich. dagegen hat Keller in seiner inauguraldissertation nachgewiesen, dafs bis auf ihn niemand das fr. 32 de peculio (Ulpianus l. 2 disputationum) verstanden habe. dieser nachweis dürfte sich dahin vervollständigen lassen, dafs auch Kellers interpretation desselben fragments nicht genügt. Ulpian entscheidet dafs, obgleich der einzelne erbe auf nicht mehr verurtheilt werden dürfte, als vom peculium bei ihm, »non in majorem quantitatem ejus peculii quod penes se habet«, wie dies auch bereits Julian gesagt habe, dennoch die klage wider einen erben alle andern befreien müsse. doch sei es billig dem gläubiger, der hierbei zu schaden komme, durch

[26]) fr. 27 § 8 de pec., auch vergl. fr. 11 § 9 und fr. 16 eod.

[27]) fr. 14 § 1 de peculio, vergl. fr. 29 pr. eod. von Gajus und fr. 30 § 1 fr. 32 pr. eod. von Ulpian »idque ita Julianus scripsit«.

restitution zu helfen, und ihm ein utile judicium wider die- §24.
jenigen zu gewähren, »qui occasione juris liberantur«.

die in der genannten dissertation und dann auch in der Litis Contestation von Keller vertheidigte interpretation beruht auf der eben dort angenommenen formel der de peculio actio und fällt mit dieser. im hinblick auf diese formel sagt Keller:

> ist die actio de peculio aus einem rechtsgeschäft ein mal durchgeführt, so ist sie dadurch consumirt, und kann gegen niemanden mehr gebraucht werden.

er schliefst somit jede wiederholung und jede theilung der de peculio actio aus. auf die quellenzeugnisse welche die möglichkeit einer wiederholung dieser klage darlegen ist bereits hingewiesen worden[28]); ebenso ist die theilbarkeit derselben zweifellos. im fr. 14 § 1 de peculio sagt Julian »et de peculio actio et deductionis jus scinditur«, und gestattet ebenso im fr. 27 § 3 eod. von Gajus ein in »partes cum singulis agere«[29]); so wie Gajus selber im § 8 desselben fragments das »in plures adversarios distringi« des gläubigers wol als »iniquum« bezeichnet, doch offenbar nicht als unmöglich betrachtet. die gleiche anschauung dürfte dem fr. 29 pr. eod. zu grunde liegen.

Ulpian selber scheint an mehren stellen die möglichkeit einer theilung der actio de peculio anzudeuten, so im fr. 15

---

[28]) s. oben § 7 s. 83 und § 18 s. 241.

[29]) dafs in dieser zweiten stelle von der peculienklage wider käufer und verkäufer die rede ist, schwächt ihre beweiskraft nicht; war eine theilung der klage überhaupt unzulässig, so war sie auch in diesem falle nicht zu gestatten. wollte man übrigens, um Kellers suppositionen zu rechtfertigen, annehmen, die ausdrücke »scindere actionem« und »in partes agere« sollten gerade dasjenige verfahren bezeichnen das Ulpian im fr. 32 cit. behandelt, so wäre dies ein hoffnungsloser versuch, dem der allgemeine sprachgebrauch nicht weniger widerstreben würde als fr. 47 § 3 de peculio, wo Proculus und Paulus das »dividere actionem« dem »cum altero agere et rescisso superiore judicio in alterum actionem accipere« entgegensetzen.

§ 14. und im fr. 30 § 1 eod. »esse hunc heredem conveniendum, sed pro parte duntaxat«. doch auch wer diese beiden stellen anders auslegen wollte, könnte die theilbarkeit der de peculio actio nicht bestreiten, denn da nicht anzunehmen dafs Julian und Gajus ihren betrachtungen eine andre formel der peculienklage zu grunde gelegt, als die auch von andern juristen anerkannte, so steht die möglichkeit, diese formel auf einen theil des ganzen anspruchs zu beschränken, durch die aussprüche der beiden genannten juristen fest. sollten wirklich, was ich hier weder behaupten noch leugnen will, andere juristen die praktische zulässigkeit solcher theilung bestritten haben, so müfste diese meinung nicht in der formellen natur der peculienklage, sondern, wie das verbot die klage gegen käufer und verkäufer zu theilen, in der rücksicht auf andere verhältnisse und umstände ihren grund gehabt haben.

geht man von der oben gebilligten annahme aus, dafs die formel der peculienklage das ganze peculium als maafs der res de qua agitur bezeichnete, so ist Ulpians entscheidung in dem besprochenen fragment nicht unerklärlich. unter dieser voraussetzung mufste die gewöhnliche, ohne specielle einschränkung angestrengte klage, ohne rücksicht auf den umfang der condemnation, den betreffenden anspruch, insoweit er durch das ganze zur zeit vorhandne peculium gedeckt wurde, consumiren. es bleibt dann nur die frage ob Ulpian einen speciellen fall besprochen, wo der gläubiger aus irgend welchem grunde ohne alle einschränkung wider einen erben geklagt, und darum seinen anspruch an alle erben consumirt hatte, oder ob er überhaupt jegliche theilung der peculienklage wie gegen käufer und verkäufer, so auch gegen mehre miterben verwerfen wollte.

ziehn wir allein die worte des fr. 32 cit. in betracht, so werden wir geneigt sein der zweiten annahme beizupflichten. dennoch möchte ich, ohne übrigens die schwierigkeit der entscheidung zu verkennen, mich dawider erklären, weil kein

grund ersichtlich ist, der Ulpian bestimmt haben könnte die §24.
theilung der klagen wider mehre miterben zu verweigern[30]), und weil Ulpian selber das »pro parte convenire« des heres pro parte billigt[31]), das im fr. 32 beschriebene verfahren aber vielmehr als ein »in solidum convenire«, mit beschränkter condemnation, sich darstellt.

schliefslich sind die vielbesprochenen[32]) stellen fr. 9 § 1 de exc. rei jud. von Ulpian und fr. 16 § 5 de pignoribus von Marcian hier zu berühren. dafs das princip, den inhalt des urtheils als wahr zu fingiren, im älteren rechte mit der consumptionsregel vielfach in conflict treten mufste ist leicht erkennbar[33]), nicht minder dafs jenes princip, als das jüngere, wider die regel meist durchdrang; auch erscheint die replicatio »si secundum me judicatum non est« als wohl geeignetes mittel diesen erfolg herbeizuführen. schwieriger ist es zu bestimmen in welchen fällen im neusten pandektenrecht die zweite klage de eadem re zwar nach der consumptionsregel zu verweigern gewesen, aber durch die ebengenannte replik wirksam gemacht worden wäre.

der fall, auf den das fr. 9 § 1 cit. zu beziehn ist, ergiebt sich aus den worten Ulpians unzweifelhaft, doch ist

---

[30]) der grund, der die theilung der klage wider käufer und verkäufer verhinderte, greift hier nicht platz, vielmehr müssen wir annehmen, dafs wenn wirklich ein coheres nach der gröfse des bei ihm befindlichen peculium im stande war die ganze peculienschuld zu decken, und daher auf höhe derselben belangt und verurtheilt wurde, er mit dem familiae erciscundae judicium entschädigung von den andern erben fordern konnte.

[31]) man vergleiche die bereits angeführten stellen fr. 15 u. 30 § 1 de peculio.

[32]) man sehe vornehmlich Ribbentrops Commentatio zu den betreffenden stellen, der auch Keller, Lit. Cont. § 70 folg., folgt. Buchka, Einflufs § 6, leugnet die von Ribbentrop vorausgesetzte möglichkeit der naturalexecution, kommt aber im übrigen wenig über die von jenem gewonnenen resultate hinaus.

[33]) vergl. auch fr. 16 de exc. rei jud. von Julian.

§ 24. bereits ausgeführt[24]), dafs die entscheidung von Neraz schon zu Ulpians zeit antiquirt sein, und Ulpian selber im betreffenden falle die exceptio rei judicatae und überhaupt den eintritt der consumption für unbegründet erachten mufste.

ganz anders verhält es sich mit dem fr. 16 § 5 cit. Marcians worte geben keinen aufschlufs darüber warum in dem vorliegenden falle zweimal de eadem re geklagt werden mufste, vielmehr scheinen dieselben darauf bezüglich zu sein, wie der richterliche ausspruch executirt werden könne. nehmen wir hinzu dafs über die zulässigkeit oder unzulässigkeit einer auf die sache selbst gerichteten execution bei den klagen in rem im formalen processe noch immer wenig licht verbreitet ist, so werden wir zugeben müssen, dafs das fr. 16 § 5 de pignoribus denjenigen, nicht ganz wenigen, stellen des Corpus juris zuzuzählen ist, von denen eine zweifellose interpretation zu geben wir zur zeit nicht im stande sind.

beiden von Buchka als möglich anerkannten auslegungsversuchen steht, abgesehn davon dafs keiner von beiden irgend einen anhalt in Marcians worten findet, und mithin beide gleich willkürlich sind, das entgegen, dafs in den supponirten fällen eine nova causa petendi platz greift; denn der nach dem arbitrium de restituendo von dem beklagten neu erworbene besitz involvirt eine neue verletzung des rechtes des klägers. mithin konnte die consumption hier, nach dem zur zeit geltenden rechte, nicht eintreten. dieser zweite vorwurf trifft den von Ribbentrop und Keller gebilligten interpretationsversuch nicht, dieser erscheint aber den worten Marcians gegenüber nicht minder willkürlich, und zugegeben dafs das arbitrium de restituendo unmittelbar executirt werden konnte, so ist durch nichts bewiesen dafs es, was Keller und Ribbentrop annehmen müssen, diese fähigkeit verlor sobald der beklagte in die litis aestimatio verurtheilt wurde; endlich aber bleibt die annahme höchst bedenklich, dafs dem

[24]) vergl. oben § 21 s. 269.

schuldner, der nur durch eigne saumseligkeit in die vielleicht ungünstige lage, statt der hypothecaria nur eine judicati actio zu haben, gekommen war, durch ertheilung einer zweiten actio de eadem re und vertheidigung dieser klage wider die wohlbegründete exceptio rei judicatae mittels der erwähnten replik, geholfen worden sein sollte. auch die oben[35]) angedeutete interpretation findet keinen anhalt in Marcians worten, wenn ihr auch sonst weniger bedenken entgegenstehen dürften. §94.

schon aus dem vorstehenden ergiebt sich dafs ich hier keine vollständige interpretation unseres fragments zu geben beabsichtigte; nur einzelne bemerkungen mögen platz finden. bei der annahme dafs Marcian wirklich von dem reden wollte, worauf seine worte hindeuten, werden wir so lange beharren müssen bis sie, was bisher noch nicht geschehn, als unmöglich nachgewiesen ist. demnach müssen wir davon ausgehn, dafs Marcian hier die frage erörtert, wie der creditor die »hypotheca sibi per sententiam adjudicata«, d. h., wie auch ältere interpreten anerkennen, das durch richterlichen in der hypothecaria actio ergangenen ausspruch[36]) ihm zuerkannte pfand, in seinen besitz bekommen könne; denn anders wird man den ausdruck »habiturus sit« nicht auffassen dürfen. es schliefst sich hieran die annahme dafs in andern aber analogen fällen, wahrscheinlich wenn mit der petitoria formula geklagt war, das »dominium vindicare« ein gebräuchliches mittel gewesen den kläger in besitz der sache zu setzen. diese annahme wird unterstützt durch fr. 4 § 7 de doli m. exc. von Ulpian, wonach gleichfalls, nachdem »de homine petito secundum petitorem fuerit judicatum«, das »hominem vindicare« an und für sich, d. h. mit keinem »poenam petere« verbunden, als etwas durchaus gestattetes sich darstellt.

---

[35]) § 10 n. 13 auf seite 133.

[36]) vergl. fr. 12 pr. qui potiores von Marcian.

§ 84. auch für das älteste recht ist die unzulässigkeit einer an die sacramenti actio in rem sich anknüpfenden naturalexecution nicht erwiesen. die von den gegnern [37]) auf die sache selbst gerichteten execution zusammengestellten quellenzeugnisse haben nur für den formularproceſs gewicht, und geben auch für diesen nicht strengen beweis; sie bezeichnen die condemnatio pecuniaria als gewöhnliche, nicht aber als alleinige folge der contumacia des beklagten nach der zu gunsten des klägers erfolgten pronuntiatio. sollte fr. 68 de rei vind. von Ulpian, wie behauptet wird, interpolirt und die execution manu militari erst durch spätere kaiserliche constitutionen eingeführt sein, so liegt auch die vermuthung nahe, daſs spuren einer älteren, vielleicht mehr förmlichen, naturalexecution von den compilatoren absichtlich vernichtet worden sind. was ferner die behauptung betrifft, daſs der judex kein imperium gehabt um die naturalexecution zu bewerkstelligen, der magistrat aber vor der condemnatio pecuniaria in keinem falle habe eingreifen dürfen, so ist der erste theil derselben unbedenklich zuzugeben, der zweite aber nicht, wie dies von einzelnen der gegner geschieht, als axiom zu betrachten, vielmehr gerade das thema probandum.

nehmen wir an daſs ohne besondere zwischenfälle das eigenthum nur wider die sache selbst verfolgt werden dürfte, während die obligatio stets die ganze person zu erfassen drohte, so scheint der durchgreifende gegensatz der klagen in rem und in personam auf seinen wahren grund zurückgeführt zu sein [38]). es tritt hinzu, daſs die manus injectio nicht wohl in passende verbindung mit der actio in rem zu bringen ist, will man nicht der gewiſs nicht unbedenklichen

---

[37]) Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilprocesses I s. 330, Savigny System V § 221 n. d., Wetzell Vindicationsproceſs s. 121 f., Buchka Einfluſs s. 149 f.

[38]) im zusammenhange hiermit scheint zu stehn, daſs bei den actiones in rem der beklagte zu einem defendere der regel nach nicht verpflichtet ist. vergl. Keller Civ. Pr. § 65.

und auch nur von wenigen juristen gebilligten meinung folgen, §24.
dafs die dingliche klage im ältesten processe nur wider die praedes litis atque vindiciarum, und vielleicht aus der von dem beklagten in gemeinschaft mit diesen durch vertrag übernommenen verbindlichkeit habe vollstreckt werden können. Keller[39]) läfst ohne quellenzeugnifs, wie er selber anerkennt, der praejudiciellen legis actio ein arbitrium litis aestimandae als nachverfahren vor demselben richter folgen. hierdurch wird aber dieses älteste verfahren dem späteren mit der petitoria formula so ähnlich, dafs man gar nicht absieht warum Gajus (IIII 48) die zulässigkeit der pecuniaria condemnatio im legisactionsprocesse geleugnet haben sollte[40]).

die quellen führen nicht weiter als bis zur annahme eines auf anerkennung des klägerischen rechts gerichteten ausspruchs »sacramentum Agerii justum esse«, oder, was hiermit völlig gleichbedeutend, »rem Agerii esse«[41]). eine meinung, anschliefsend an die lückenhafte stelle des Festus über »vindiciae«, nimmt an, eine besondere legis actio habe als zwischenglied zwischen der sacramenti und der manus injectio gestanden. an näherem anhalt fehlt es auch dieser conjectur, zumal nur dafs über fructus mit dem betreffenden arbitrium gehandelt worden von dem codex Farnesianus bezeugt wird, und das hinzuziehn der stlis allein auf ver-

[39]) Civ. Pr. § 16.

[40]) wider Kellers theorie überhaupt vergleiche man auch Stintzing über die Legis actio sacramento, namentlich § 5.

[41]) Stintzing a. a. o. § 6 nimmt ein litem addicere als resultat der legis actio an. da die sache selbst in judicio nicht gegenwärtig, ein unmittelbares einweisen mithin unzulässig war, so soll dieser ausdruck wol nur die anerkennung des klägerischen rechts »rem Agerii esse« bezeichnen. auch nach Stintzings ansicht sollen sich die praedes litis atque vindiciarum wol nicht für eine unmittelbar durch die condemnatio erzeugte verbindlichkeit verpflichten, denn diese bürgen, die sich verbis obligirten, konnten doch wol nur zu verbalobligationen hinzutreten; vergl. oben § 14. auch bezeichnet das wort addicere nicht das auferlegen einer persönlichen verbindlichkeit, wozu überdies, so viel wir wissen, der richter im sacramentsprocesse durch nichts befähigt ward.

§24. muthung beruht. überdies fällt es auf dafs das regelrechte verfahren wider den, der nicht freiwillig restituirte, stets zu einem »duplione damnum decidere« geführt haben sollte. auch die grofse weitläufigkeit des supponirten verfahrens empfiehlt diese conjectur nicht.

da es so an aller gewifsheit fehlt, mag noch eine vermuthung hier platz finden, die, wenngleich weder unbedenklich noch geeignet alle an diese fragen sich anreihenden zweifel zu lösen, doch näherer besprechung nicht unwerth erscheinen mag. bei der klage in rem verpflichtet die in jus vocatio den besitzer mit der betreffenden sache in jure zu erscheinen. eine in jus vocatio konnte nicht blofs zur ersten einleitung des verfahrens statt finden[42]). rief Agerius, sobald der richter sein sacramentum als justum anerkannt hatte, den Numerius von neuem in jus und vindicirte nun wiederum, ähnlich wie bei der in jure cessio, so dürfte, auch wenn Numerius dagegen vindicirte, kein magistrat angestanden haben dem Agerius die vindicien zu geben.

unmöglich war dies verfahren wol nicht: nur die zweite actio de eadem re war verboten, und die verhandlungen in jure waren keine actio[43]); ob es gebräuchlich gewesen fragt sich. die argumente hierfür, die in den voraufgeschickten bemerkungen liegen, habe ich nicht zu wiederholen. für die in jure cessio wäre dies verfahren ein entsprechendes vorbild, besser als die vindicatio zur einleitung des processes, die vorläufig nur zu einem revocablen besitz führte. wer die vorgeschlagene executionsart, vielleicht im hinblick auf die weitläufigkeiten des possessorischen processes, für zu einfach erachten sollte, bedenke dafs im possessorienstreite niemand die unter umständen freilich gefährliche behauptung »rem meam esse« wagte, und nur diese ein directes verfahren wider die sache rechtfertigen konnte.

[42]) Horatii sat. I. 9.

[43]) vergl. oben § 9.

Beilagen.

I. Ueber das wort »res«.

Dafs das wort »res« neben der allumfassenden bedeutung, in der es nach Gessners Thesaurus ausdrückt »quicquid usquam est vel esse videtur«, häufig auch in speciellem sinne gebraucht wird, ist zweifellos; dafs aber res in solcher weise das materielle klagrecht, den klagbaren anspruch, das gerade was in judicium deducirt und dadurch consumirt wird, bezeichne, das ist bisher nirgends genügend festgestellt. ich werde hier einige der klarsten belegstellen aufführen.

durch den ausdruck »agere de aliqua re« wird kein völlig festes verhältnifs der res zu der actio bezeichnet, wie auch bereits gesagt ist. betrachten wir folgende stellen:

Gajus IIII 13: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.

14: de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur.

15: si de re minoris quam M aeris agebatur.

21: per manus injectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum est.

26: per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam lege.

und vergleichen wir damit die überschrift des pandektentitels »quarum rerum actio non datur,« so erscheinen zwei auslegungen des wortes res zulässig. entweder es ist in dem hier behaupteten sinne gebraucht, denn es liegt auf der hand dafs »res« durch »anspruch« übersetzt in all diesen stellen guten sinn giebt, oder aber es steht in ganz allgemeiner bedeutung, so dafs z. b. »de quibus enim rebus« durch »denn

worüber« wiederzugeben wäre. etwas minder schwankend scheint die interpretation folgendes ausspruchs.

> Gajus IIII 19: haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam. lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.

mit der alten condictio also konnte »de omni certa re« gestritten werden. übersetzen wir: »über jeden bestimmten anspruch«, so wird niemand leugnen dafs hierdurch der umfang der condictio richtig und scharf begrenzt werde. das wort res hier in allgemeiner bedeutung zu fassen scheint nicht wol zulässig. es wäre alsdann der ausdruck »de omni certa re« einem »de omni certo« gleichbedeutend. »homo Stichus« ist gewifs ein »certum«. vindicire ich diesen homo, so mufs man zugeben dafs »de Sticho agitur«, d. h. dafs über ein certum geklagt wird, »de certa aliqua re agitur« wenn wir wieder der res ihre allgemeine bedeutung unterlegen. Stichus selber ist ein certum, der anspruch auf restitution des Stichus aber, wie dieser anspruch mit der vindication verfolgt wird, ist ein incertum; wer unter der »omnis res certa« in der angeführten stelle jeden bestimmten anspruch versteht, schliefst hiermit alle dinglichen klagen aus dem von Gajus der condictio zugewiesenen gebiet aus; wer dem worte res hier weitere bedeutung zuschreibt, mufs annehmen dafs auch vindicationen per condictionem durchgeführt werden konnten, oder dem Gajus ungenauen ausdruck schuld geben.

sehr klar tritt die gesuchte bedeutung des wortes res in dem ausdruck »res perit« und ebenso in dem »rem perdere« oder »amittere« hervor. man sehe

> Gajus IIII 68: quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat.

der verlust des klagbaren anspruchs ist die folge des causa cadere. gewifs ist auch IIII 53 mit Bethmann-Hollweg wider die autorität der Justinianischen institutionen »et ob id« statt

»id est« vor »rem perdit« zu lesen. nicht minder deutlich ist

III 176: quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est,

und

III 179: Servius tamen Sulpicius existimavit statim, et pendente condicione, novationem fieri, et, si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse; eo modo rem perire. qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi Lucius Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri, et rem perire, quia cum servo agi non potest.

auch vergleiche man IIII 11, 123, 124.

da übrigens res gewöhnlich mehr den anspruch als die klage über denselben bezeichnet, so ist auch der ausdruck »res tempore perit« meist auf die klagenverjährung und nicht auf die proceſsverjährung zu beziehn. richtig sagt Paulus fr. 2 jud. solvi: »cum lite mortua nulla res sit«, wie in anderem doch ähnlichem falle, fr. 11 eod.: »quia mortuo homine nulla jam res sit«. scharf unterscheidet Ulpian:

fr. 3 pr. de feriis: item si res tempore periturae sunt, aut actionis dies exiturus est.

man sehe fr. 1 § 2 eod. von Ulpian und fr. 12 de procur. von Gajus.

der »res quae perit« steht gegenüber die »res quae integra« oder »in integro manet«. Gajus IIII 58, 123. ähnlich scheint dem »rem amittere« ein »rem servare« entsprechen zu müssen. »rem servare« heiſst aber auch das vermögen überhaupt erhalten. da beide bedeutungen in den meisten fällen zusammentreffen, ist es nicht immer leicht zu sehn an welche zunächst die juristen dachten. man vergleiche fr. 7 pr. de dolo m. von Ulpian, fr. 19 § 1 ad S. C. Vellej., fr. 35 § 1 locati von African, fr. 2 de inst. act. von Gajus, fr. 10 de doli m. exc. von Marcian, fr. 12 rem pup., fr. 11 pr. ad munic., fr. 3 § 4 de adm. r. ad civ. von Papinian, fr. 172 § 1 de reg. juris von Paulus.

wo »exceptiones rei cohaerentes« denen, »quae personae cohaerent«, entgegengesetzt werden, hat man den unterschied darin zu suchen, dafs diese durch die personen welche im procefs als parteien auftreten bedingt sind, jene am anspruch selber haften, gleichviel von wem oder wider wen er verfolgt wird: fr. 7 de except. von Paulus. auch in dem fr. 4 de verb. sign. von Paulus:

nominis appellatione rem significari Proculus ait,

und im fr. 6 eod. von Ulpian:

nominis et rei appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet,

ist die gesuchte bedeutung des wortes res zu finden, wogegen dahingestellt bleiben mufs ob Paulus im fr. 72 eod. an diese und an die von Ulpian im fr. 7 de exc. rei jud. entwickelte regel dachte.

vielfach wurde das wort »lis« mit unserer res gleichbedeutend gebraucht. ich erinnere an die oft angeführte stelle Ciceros, pro Murena 27 (12), an das »quarum litium rerum causarum condixit pater patratus« bei Livius I 32. die worte des Gajus IIII 122 über die exceptionen litis dividuae und rei residuae beweisen wie nah auch ihm noch die begriffe res und lis zusammenlagen, während schon Plautus, Rudens prol. v. 13 — 18, die ausdrücke »falsae lites« und »res falsae« als gleichbedeutend gebraucht. am schärfsten scheint Varro, de lingua Latina VII 93, den unterschied der res und der lis zu bestimmen:

itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis. ideo in actionibus videmus dici: »quam rem, sive mi litem dicere oportet«.

übrigens ist auch die bedeutung des wortes lis keine völlig feste und eng begrenzte. bald bezeichnet es den rechtsstreit selber, man sehe Plautus Mostell. V 2, v. 20 — 21, Menaechm. V 5, v. 57, Poenul. III 2, v. 9 u. 10, Cicero in Verrem II 3 32 (13), Horatius carm. IIII 2 v. 43 u. 44, Gajus IIII 104, fr. 7 de inoff. test. von Paulus, fr. 8 pr.

eod., fr. 36 de verb. sign. von Ulpian; bald hingegen den anspruch, über den der rechtsstreit geführt wird. so bei Gajus IIII 122:

qui cum eodem plures lites habebat, et de quibusdam egerit.

man vergleiche auch Cicero pro Q. Roscio 34—46 (12—14). endlich aber scheint es dafs lis auch das object des anspruchs bezeichnet habe. so namentlich in der vorschrift der zwölf tafeln: »post meridiem praesenti stlitem addicito«. hierher gehören auch die »praedes litis atque vindiciarum«, während bei der »litis aestimatio« ein zweifel bleiben mag ob man diese als schätzung des anspruchs oder als schätzung der sache auf die der anspruch ging erfafste.

eine ähnliche mehrdeutigkeit wird man auch bei dem worte res im hier betrachteten speciellen sinne anerkennen müssen. auch dies wort bezeichnet zuweilen den rechtsstreit selber. so bei Festus:

res comperendinata dicitur, ut Verrius ait, judicium in diem tertium constitutum.

ähnlich bei Cicero:

pro Caecina 8 (3): etenim si praetor, is qui judicia dat, nunquam petitori praestituit qua actione illum uti velit, videte quam iniquum sit constituta jam re judicem quid agi potuerit aut quid possit, non quid actum sit, quaerere.

hiermit stimmt auch der sprachgebrauch der juristen überein. Alfenus sagt

fr. 76 de judiciis: proponebatur ex his judicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse, inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum judicum mutatio eandem rem an aliud judicium fecisset.

man vergleiche fr. 49 pr. eod. von Paulus:

quaeritur an possit litem ab eo judice, apud quem res inter petitorem et emptorem coepta est, ad suum judicem revocare.

fr. 8 § 1 de inoff. test.: »post rem inofficiosi ordinatam« und fr. 3 § 4 de lib. exhib. »differri oportere rem in tempus pubertatis«. gleichen sinn möchten auch die worte »in eam rem« in der formel haben, mit der ein cognitor bestellt wird, und ähnlich dürften Ulpians worte im fr. 1 § 2 de procur. zu erklären sein:

ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri.

wohingegen bei den ausdrücken »alienam rem defendere« und »procurator in rem suam datus« das wort res gewifs mehr auf die materiellen als auf die formellen elemente der klage zu beziehn ist. res kann aber auch eine obligation ohne alle rücksicht auf die klagbarkeit derselben bezeichnen. Gajus sagt IIII 71: »cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur«; Ulpian im fr. 2 de novat. »omnes res transire in novationem possunt«. zu vergleichen ist auch Livius VI 14: »inde rem creditori palam populo solvit«, doch scheint in dieser stelle das wort res mehr noch das object der obligation als diese selber zu bezeichnen. ähnlich bei Gajus IIII 48: »judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est«.

II. Polemika.

Die frage, welchen einfluſs das erlöschen des klägerischen rechts nach der litiscontestation auf das richterliche erkenntnifs üben müsse, liegt unsern untersuchungen nicht eben fern, und hat für mich, als recensenten von Römers schrift Erlöschen des klägerischen Rechts (kritische Zeitschrift I s. 253) specielles interesse. über Römers meinungen weiteres zu äuſseren, als ich am angeführten orte bereits ausgesprochen, fühle ich mich nicht verpflichtet[1]); dagegen aber glaube ich,

[1]) auch in Römers antikritik (krit. Zeitschr. I s. 397) ist leider nichts enthalten was grund zu wissenschaftlicher erörterung gäbe. ich kann meinem gegner nur dank dafür sagen, daſs er so bald neue belege für das von mir über ihn gefällte urtheil vorgebracht hat.

gerade weil ich mich der beistimmung Dernburgs in den meiner recension angeschlossenen bemerkungen (krit. Zeitschrift I s. 259) freue, auch worin ich von Dernburg abweiche hervorheben zu müssen.

die annahme dafs die verurtheilung des beklagten im ältesten Römischen rechte, und noch zur zeit des formularprocesses wenigstens bei gewissen klaggattungen, auch trotz dem nach der litiscontestation eintretenden erlöschen des vom kläger behaupteten rechtes habe erfolgen müssen, beruht, wie mir und auch anderen scheint, nicht auf den von Dernburg supponirten und bekämpften argumenten. sehr richtig hat dieser die praktische bedeutung des zwischen Sabinianern und Proculianern um die regel »omnia judicia absolutoria esse« geführten streites erkannt: aber ich kann nicht zugeben dafs die Proculianische meinung allein auf der absicht den beklagten durch gröfsere strenge von chicanösem processiren abzuschrecken beruht habe, wie ich denn auch selber meine ansicht von der strenge des alten processes nie auf die betreffenden stelle des Gajus gegründet habe.

im sacramentsprocesse ward über das vorhandensein des klägerischen rechts gewettet. von dem entscheid dieser wette, also, wenn nicht irrig erkannt wurde, von der existenz des rechts, hing das richterliche urtheil ab. abschlufs der wette und erkenntnifs fielen nicht in einen moment zusammen. worauf nun bezog sich die wette? auf das recht wie es im augenblick des wettens oder im augenblick des urtheils vorhanden? leichtsinnig wäre es überall von dem kläger gewesen auf vorhandensein seines rechts an einem zukünftigen vielleicht entfernten termine zu wetten, da die fortdauer des rechts von vielen zufälligkeiten, oft sogar von der willkür des beklagten, abhängig sein konnte. auch was wir von den ältesten wortformeln wissen, bestätigt dafs man nur über das recht, wie es im augenblick der wette vorhanden, wettete. »ajo te mihi dare oportere« und »quando tu injuria vindicavisti, sacramento te provoco«, beides setzt gegenwärtiges

recht, und nur eben dieses, voraus. im formularprocefs fallen die wetten fort, aber das klägerische recht ist nicht minder bedingung der condemnation. schon die analogie des älteren verfahrens spricht, bei dem engen anschlufs des formularverfahrens an die legisactionen, dafür dafs auch bei diesem zunächst nur das recht wie es zu der zeit, wo an die behauptung desselben die condemnatio angeknüpft wurde, also im augenblick der litiscontestation bestand, von dem richter in betracht zu ziehn war. nur so erklärt sich die wirkung der litiscontestation, die verurtheilung an sich so wie ihrem umfange nach zu sichern. mag das klägerische eigenthum durch die usucapion des beklagten, oder durch den ankauf des schuldigen sklaven der grund der furti actio wider den herrn desselben zerstört worden sein (fr. 37 de nox. act.): bestand nur das klägerische recht im augenblick der litiscontestation, so mufs der richter dennoch verurtheilen. strenge consequenz erheischt daher auch die verurtheilung wenn der beklagte durch zahlung nach der litiscontestation des gläubigers fordrung getilgt hatte.

viele klagen aber gehörten ganz dem gebiet des aequum et bonum an, und bei ihnen gaben auch die formeln dem richter freiheit, auf die befriedigung des gläubigers gerichtete handlungen des beklagten zu berücksichtigen. die Sabinianer wollten ohne unterschied der klagen und formeln diese macht dem richter überall zubilligen, die Proculianer nur da wo die befugnifs als ausflufs aus der natur der klage sich darstellte. der that nach handelte es sich hier nur darum wer von beiden theilen, im falle nach der litiscontestation erfolgter befriedigung des klägers, procefskosten und ähnliche nachtheile des unterliegens tragen sollte. ohne diese praktische bedeutung wäre der streit leicht beigelegt gewesen. gewifs aber darf man die rücksicht auf den praktischen erfolg nicht als die eigentliche grundlage der Proculianischen consequenz betrachten, eher allgemeine billigkeit und nützlichkeitsrücksichten als motiv der Sabinianischen neuerungen.

auch Keller hat die regel »omnia judicia absolutoria esse« im Civilprocefs (§ 67) gründlich erörtert. so gern ich die trefflichkeit seiner ausführungen anerkenne, kann ich doch nicht allen details beistimmen, schon weil unsere ansichten über die geschichtliche ausbildung des actionensystems zu weit differiren.

neuerdings ist die praejudicielle natur des verfahrens per sacramentum von Stintzing, Ueber das Verhältnifs der Legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis, mit gewandter feder in frage gezogen worden. obgleich meine ansichten über die legis actio durch die genannte schrift nicht eben geändert worden, bedaure ich doch dieselbe erst nach fast gänzlich vollendetem drucke meiner abhandlung erhalten zu haben, und so an einem näheren eingehn auf die dort vorgetragene meinung bei der entwicklung meiner auffassung des sacraments und des sponsionsverfahrens verhindert zu sein. gleichviel übrigens wie das richterliche urtheil bei der sacramenti actio gelautet haben mag: auch Stintzing mufs zugeben dafs das recht des klägers die bedingung der condemnatio gewesen, und schwerlich wird er bestreiten mögen dafs dies recht gerade wie es im moment der abgeschlossenen sacramentswette bestanden mafsgebend sein mufste. wessen sacramentum als justum befunden wurde, hing davon ab, wer mit recht und wer mit unrecht vindicirt hatte. gesetzt der richter hätte in der hauptsache, über das dingliche recht, besonders, und zwar nach dem vorhandensein des rechts im augenblick des erkenntnisses, geurtheilt, so müfsten wir annehmen dafs eventuell die sache dem Numerius habe zugesprochen werden können, vielleicht weil dieser jetzt die usucapion vollendet, aber dennoch des Agerius sacramentum als justum anerkannt worden sei, weil dieser bei der litiscontestation noch eigenthümer gewesen.

noch später als Stintzings arbeit kam mir Mayers Ad Caji IIII 48 commentatio in die hände. was dort über

die von andern angenommenen möglichkeiten das in der legis actio sacramento ergangene erkenntnifs mittels execution zu realisiren vorgetragen wird, stimmt wesentlich mit meiner meinung überein, wie ich diese, oben § 24, ausgesprochen. die vorgeschlagene emendation mag füglich dem Cajus verbleiben: im sinne von Gajus lag sie schwerlich.

schliefslich noch die bemerkung dafs ich auch von Helmolts Verhältnifs der Exceptionen zur Beweislast nicht bevor der druck meines § 8 vollendet war gesehn habe. ich bedaure dies um so weniger als ich gelegenheit haben werde an anderem orte dies werk näher zu besprechen.

III. Ueber die formeln der klagen wider adpromissoren.

Gajus IIII 130: item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis, hoc modo: »judex esto — dare facere oportet« et reliqua.

137: si cum sponsore aut fidejussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo: »ea res agatur — cujus rei dies fuit«, in persona vero fidejussoris: »ea res agatur — cujus rei dies fuit«. deinde formula subjicitur.

die gewöhnliche interpretation nimmt an dafs Gajus die formel der praescriptio bei der klage wider den, der in eignem namen ein incertum versprochen, den formeln bei klagen wider adpromissoren entgegensetze. nur bei jener, nicht bei diesen, würden praescriptio und demonstratio verschmolzen: darum müfsten dort »reliqua«, die noch übrigen theile der formel, der praescriptio folgen; hier folge die ganze formel, »formula subjicitur«.

den worten des Gajus entspricht diese interpretation, über die formeln der klagen wider adpromissoren aber lernen

wir durch sie nicht viel. Huschke (Zeitschr. f. g. R. W. b. XIII s. 329 f.) reconstruirt diese formula quae subjicitur:

quod Aulus Agerius de Numerio Negidio idem quod de Lucio Titio stipulatus est sponsu rogavit

und

idem quod Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oporteret fide sua esse juberet rogavit.

es erhellt aber nicht warum diese formeln gerade so hätten gebildet werden müssen, die ja mit gleichem rechte vielfach verschieden zu gestalten wären; und trotz allem was Huschke zu ihrer rechtfertigung ausführt, erscheinen diese bildungen weder gefüge noch präcis: denn auch der von Huschke hervorgehobene unterschied der sponsion und fidejussion, jene verpflichte den bürgen persönlich neben dem hauptschuldner, diese übertrage die hauptschuld dem inhalte nach, spricht sich in ihnen nicht klar aus.

ganz anders folgender versuch, für den ich aber auch als auctor secundus einzutreten nicht gewillt bin. Gajus denke zuerst nur überhaupt daran dafs bisweilen die praescriptio der demonstratio stelle vertrete: alsdann laute sie bei der klage wider den schuldner: »judex esto et c.«. werde aber mit bürgen geklagt, so laute die praescriptio, nämlich wieder diejenige die »loco demonstrationis« steht, gegen den sponsor so, und gegen den fidejussor so. die worte »reliqua« und »formula« sollten keinen gegensatz bezeichnen: »deinde formula subjicitur« heifse: dann folgt die formel, soviel von ihr noch übrig, wie gewöhnlich.

wäre dies richtig, so müfste die formel wider den sponsor lauten:

quod A. A. de Lo. To. incertum stipulatus est, quo nomine Ns. Ns. sponsor est, quicquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet

und wider den fidejussor:

quod Ns. Ns. pro Lo. To. incertum fide sua esse jussit quicquid et c.

und wüfsten wir dies, so dürften wir unsere kenntnifs von den einzelnen adpromissionen wesentlich gefördert erachten. leider aber erscheint dieser interpretationsversuch nach der jetzigen beschaffenheit der quellen überkühn. er behandelt die worte von Gajus, wie wir sie zu lesen pflegen etwas gewaltsam, und obgleich mit kleinen emendationen leicht zu helfen wäre, und diese im allgemeinen auch nicht unerlaubt erscheinen können, so fehlt ihnen doch hier, soweit ich sehe, jeder sichere anhalt.

IIII. Die doli clausula bei der de peculio actio.

Der erfolg der peculienklagen hängt von dem umfange des im augenblick der verurtheilung vorhandenen peculium ab, vater und herr aber haben freie verfügung über das peculium, und können dasselbe nach belieben vermindern oder ganz einziehn. litte diese regel keine ausnahme, so wäre der erfolg der peculienklagen ganz in die hände der belangten machthaber gegeben; von ihrem guten willen hinge es ab wie viel peculium sie dem in der gewalt befindlichen belassen, und mithin auf wie viel sie selber verurtheilt werden wollten. dies kann dem praktischen sinne der Römer nie entgangen sein, und die bestimmung dafs dolose verminderungen dem betrage des peculium im augenblick des urtheils zuzurechnen seien, mufs daher eben so alt sein wie die peculienklagen. Ulpian sagt fr. 9 § 4 de peculio: »et si per dolum peculium vel ademerint vel imminuerint, tenentur«; ausführlich behandelt er diesen satz im fr. 21 eod.; man vergleiche aufserdem fr. 26 eod. und fr. 19 de in rem v. von Paulus. betreffend die actio annalis kennen wir auch die edictsworte, welche unsere vorschrift enthalten:

> fr. 1 pr. quando de pec. a. a.: duntaxat de peculio, et si quid dolo malo ejus in cujus potestate est factum erit quo minus peculii esset, ... judicium dabo.

gewifs ist es wahrscheinlich dafs eine auf diese vorschrift

bezügliche clausel in die formel der peculienklage aufgenommen wurde.

aufserdem wissen wir folgendes. wird eine contractsklage auf restitution der dem kläger eigenthümlich zugehörigen sache de peculio wider den gewalthaber angestellt, im peculium ist nichts, aber der gewalthaber hat gerade die sache in händen, so blieb nach älterer auffassung die peculienklage wirkungslos; noch African fr. 38 pr. de peculio verweist den gläubiger auf den weiten weg der ad exhibendum actio und darauf folgenden vindication. anders Julian und spätere juristen die seinem vorgange folgen. so lehrt Ulpian im fr. 3 § 5 commodati:

> sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus duntaxat venit, ut Julianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit.

und im fr. 36 de peculio:

> in bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio, an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater duntaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res, nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei judiciis accipiendum esse Pomponius scripsit: namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adjectionem, »et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est«. videtur autem dolo facere dominus, qui cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.

man vergleiche auch fr. 1 § 42 u. 47 depositi, fr. 5 pr., fr. 30 § 6 u. 7 de peculio von Ulpian und fr. 31 eod.

von Paulus. aus diesen stellen ergiebt sich dafs wahrscheinlich Julian zuerst den selbständigen dolus des vaters berücksichtigte, und zwar deshalb, weil die betreffenden klagformeln den zusatz »et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est« bereits enthielten, dafs andre juristen dieser meinung beitraten, dieselbe aber auch zu Ulpians zeit noch nicht alleinige geltung hatte.

stellen wir nun dies und das vorher bemerkte zusammen, so mag die conjectur gerechtfertigt erscheinen, dafs die clausel »et si quid — actor« ursprünglich nur dolose minderungen des peculium unschädlich zu machen aufnahme in die betreffenden formeln gefunden, und später dieselbe clausel benutzt worden auch was sonst der belangte gewalthaber dolos wider den klagenden gläubiger verübt zu ahnden. die fassung der clausel scheint beiden zwecken zu genügen, und dafs die peculienklagen verschiedne clauseln de dolo enthalten, ist weder aus innern gründen wahrscheinlich noch von unsern quellen bezeugt.

V. Zur exegese.

A. Fr. 7 de exceptione rei judicatae.

Die einzelnen fälle, die Ulpian in diesem fragment erörtert, sind bereits oben (§ 18 und § 21) näher besprochen, über den zusammenhang des ganzen aber dürften einige worte nicht überflüssig erscheinen, zumal ich, was denselben betrifft, von der erklärung Savignys (System VI beil. 16), der ich im übrigen viel verdanke, abweichen zu müssen glaube. Keller (Lit. Cont. § 34) und frühere interpreten betrachten bekanntlich unser fragment als von widersprüchen erfüllt.

Ulpian stellt den satz an die spitze, dafs klagen auf das ganze und auf den theil klagen de eadem re seien, daher die eine die exceptio rei judicatae wider die andre erzeuge. nun folgen beispiele: fundus und pars fundi oder locus; duo corpora und alterutrum corpus; fundus und arbores, insula

und area, tigna, lapides; navis und tabulae singulae. wie es sich mit der ancilla und dem partus verhalte sei sehr streitig. diesen streit entscheidet Ulpian nicht gleich direct. er stellt erst die regel auf, um eadem res handle es sich wenn bei dem zweiten richter dasselbe in frage komme wie bei dem ersten; daher müsse im allgemeinen (fere) die exceptio bei all den betrachteten fällen wirksam werden. Ulpian wendet sich nun den ausnahmen zu. caementa und tigna stehen nicht immer im eigenthum des herrn der insula: in solchen fällen seien die klagen auf jene und die klage auf diese nicht klagen de eadem re. mit früchten und dem partus verhalte es sich gleich. Ulpian tritt hier keiner der extremen meinungen bei, sondern unterscheidet je nach verschiedenheit der fälle. er citirt hierauf Julians definition, wann die exceptio rei judicatae in kraft trete, und benutzt dieselbe das verhältnifs der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen singularklagen zu erläutern.

nimmt man mit mir an dafs die entscheidung am schlufs des § 1 nur eine allgemeine, feinere distinctionen hinsichts der vorbetrachteten fälle nicht ausschliefsende ist, so findet man keinen widerspruch in unserem fragment, und keinen grund an der herkömmlichen paragrapheneintheilung zu ändern.

B. Fr. 8 § 3 de fidejussoribus.

Philippi, der in seiner hier mehrmals genannten dissertation (s. 58 folg.) viel sorgfalt auf die auslegung unseres fr. 8 § 3 verwendet, und alle früheren interpretationen von bedeutung anführt, kommt zu dem resultat: »fragmentum adhuc explicatione indiget«. Philippis eigene interpretation ist hier nicht näher zu besprechen, indem sie wesentlich auf Kellers consumptionstheorie beruht. meine auffassung erhellt aus der weise, wie ich die stelle benutzt habe. da ich aber bekennen mufs nicht ganz ohne zweifel zu sein, glaube ich angemessen diese zweifel auszusprechen.

warum überhaupt es bedenklich die bestellung eines fidejussors nach der litiscontestation zuzulassen, habe ich bereits oben (s. 287) entwickelt. ward der bürge für eben die obligation, die in judicium deducirt war, bestellt, so waren die klagen wider ihn und die bereits angestrengte klage actiones de eadem re. dennoch hatten sich Julian und die praxis für die zulässigkeit solcher bürgschaftsbestellung entschieden. dies resultat rechtfertigt Ulpian, »quia et civilis et naturalis subest obligatio«. die civilis obligatio, die nach der litiscontestation stets vorhanden, ist die judicati actio, und dafs Ulpian diese im sinne hat, darauf weisen auch die nachfolgenden worte. nicht so zweifellos ist welche verbindlichkeit unter der genannten naturalis obligatio zu verstehn sei. am nächsten liegt die annahme dafs die principale obligation gemeint sei, die nach der litiscontestation als naturalis obligatio fortbesteht. ob Ulpian hierbei die fälle, wo die obligatio civilis ipso jure nach der litiscontestation fortbesteht und nur durch exception der klagbarkeit beraubt wird, nicht mitberücksichtigte, oder aber dieselben, weil factisch auch hier der betreffende anspruch klaglos, unter den ausdruck naturalis obligatio mitbegriff, wage ich nicht zu entscheiden. aber auch das scheint nicht unmöglich, dafs Ulpian unter dieser naturalis obligatio das condemnari oportere verstand die verpflichtung des beklagten zum judicio defendere (s. oben s. 296). diese annahme findet in der später erwähnten bürgschaftsbestellung für die litis exercitatio einigen halt. ist dies der sinn von Ulpians worten, so umgeht er die schwierigkeit der aufgeworfenen frage durchaus, und unsere stelle kann als beweis für die fortdauer der naturalis obligatio nach der litiscontestation nicht benutzt werden.

ein solches vermeiden von schwierigkeiten ist aber bei Römischen juristen ohne zwingenden grund nicht anzunehmen; die zulässigkeit einer fidejussio so für die judicati actio wie für die litis exercitatio konnte nie ernstlich in frage gezogen sein, und so wenig die tota causa die nachher genannt wird

mit der judicati actio identisch ist, ebensowenig braucht die naturalis obligatio mit der litis exercitatio zusammenzufallen. demnach müssen wir annehmen dafs Ulpian die fortdauernde naturalis obligatio und die möglichkeit einer fidejussio für dieselbe anerkennt. wie es sich mit der klagbarkeit dieser fidejussio verhalte, darüber freilich erfahren wir nicht völlig gewisses. ipso jure tritt eine befreiung des bürgen bei dem erkenntnifs nicht ein. dies scheint anzudeuten dafs Ulpian zunächst an fälle dachte, wo durch die litiscontestation der bürge ipso jure frei ward.

den schlufs der stelle völlig zu verstehn fehlt uns, glaube ich, die genaue kenntnifs sowohl der formen der betreffenden bürgschaftsbestellungen, wie des wesens der litis exercitatio. wie wurde der bürge für die litis exercitatio bestellt, dafs nach dem erkenntnifs, also nach durchgeführter lis, dennoch wider ihn geklagt werden konnte, und ihm nur per exceptionem zu helfen war? was ist ferner unter der fidejussio für die tota causa zu verstehn? eine haft für litis exercitatio, die judicati actio, und aufserdem für die principale obligation, wie diese nach der litiscontestation fortdauert?

soviel ist klar: für die litis exercitatio und für die tota causa, inclusive der judicati actio, ist eine fidejussio zwischen litiscontestation und erkenntnifs zulässig; nach dem erkenntnifs ist im einen falle dem bürgen mit einer exception zu helfen, im andern nicht. dies resultat konnte der praxis genügen. eine fidejussio allein für die die litiscontestation überdauernde naturalis obligatio trat vor dem erkenntnifs schwerlich je ein, und die behandlung derselben hatte rein theoretisches interesse. ob Ulpian selber nur dem praktischen bedürfnifs zu genügen bestrebt gewesen, oder ob die compilatoren ausführungen unterdrückt die im neusten recht alle bedeutung verloren haben mufsten, wage ich nicht zu entscheiden.

Identität der res.

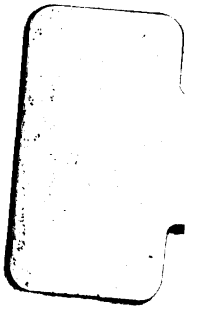
Seite

§ 15. Uebersicht der merkmale der identität 208
§ 16. Dieselben personen 210
§ 17. Fortsetzung — die correalobligationen 214
§ 18. Dasselbe object 232
§ 19. Derselbe klaggrund 242
§ 20. Verschiedene klagen de eadem re 256
§ 21. Geschichtlicher überblick 263

Die wirkungen der regel.

§ 22. Abweisung der zweiten klage 275
§ 23. Einflufs der consumption auf das die klage begründende recht 284
§ 24. Milderungen der consumption 305

Beilagen.

I. Ueber das wort »res« 323
II. Polemika 328
III. Ueber die formeln der klagen wider adpromissoren . 332
IIII. Die doli clausula bei der de peculio actio 334
V. Zur exegese
A. Fr. 7 de exceptione rei judicatae 336
B. Fr. 8 § 3 de fidejussoribus 337

5398 040